

# **VURDERING AV ET ERSTATNINGSANSVAR OVERFOR KONKURRENTER VED BRUDD PÅ KONKURRANSEREGLENE**

**En rettsøkonomisk analyse**

Kandidatnr: 434

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 25. november 2003

Til sammen 17924 ord

12.03.2004

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	HOVEDPROBLEMSTILLINGER OG AVGRENSNING	1
1.2	METODESPØRSMÅL	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>KONKURRANSEREGLER, EFFEKTIVITET OG KONKURRENTERS INTERESSER</u></b>	<b><u>5</u></b>
2.1	INNLEDNING	5
2.2	KONKURRANSE, EFFEKTIVITET OG KONKURRENTERS INTERESSER	6
2.3	KONKURRANSEREGLER OG KONKURRENTERS INTERESSER	10
2.3.1	SYSTEMATIKK	10
2.3.2	FORBUD RETTET MOT EKSPLOITATIVE HANDLINGER	11
2.3.3	FORBUD RETTET MOT EKSKLUDERENDE KONKURRANSEBEGRENSNINGER	12
2.4	ANALYSE AV EN EKSKLUDERENDE KONKURRANSEBEGRENSNING	12
2.4.1	EKSKLUDERING AV MINDRE EFFEKTIV KONKURRENT	13
2.4.2	EKSKLUDERING AV EN MER EFFEKTIV ELLER LIKE EFFEKTIV KONKURRENT	14
2.4.3	SÆRLIG OM BETYDNINGEN AV KONKURRANSEN I UTGANGSPUNKTET	15
2.4.4	OPPSUMMERING	16
<b><u>3</u></b>	<b><u>RETTSLIGE RAMMER FOR KONKURRENTERS ERSTATNINGSRETT</u></b>	<b><u>18</u></b>
3.1	INNLEDNING	18
3.2	ERSTATNINGSRETTLIG GRUNNLAG	18
3.3	NÆRMERE OM ANSVARSGRUNNLAGET	19
3.3.1	BRUDD PÅ LOVREGULERT HANDLENORM	19
3.3.2	KRAV TIL CULPA	21
3.3.3	BESKYTTETE INTERESSER	21
3.4	RELEVANT SKADE	23
3.4.1	PROBLEMSTILLINGEN RELEVANT SKADE	23
3.4.2	RETNINGSLINJER FOR HVA SOM ER RELEVANT SKADE	25
3.4.3	RELEVANT SKADE OG TAP SOM FØLGER AV BEGRENSET KONKURRANSE	26
3.5	ERSTATNINGSUTMÅLING	28

<b>3.6</b>	<b>PROSESSUELLE RAMMER</b>	<b>29</b>
3.6.1	SØKSMÅLSADGANG	29
3.6.2	PROSESSGJENNOMFØRING	30
<b>4</b>	<b>FORMÅLSTJENLIGHET OG EFFEKTIVITET</b>	<b>31</b>
<b>4.1</b>	<b>PROBLEMSTILLINGER</b>	<b>31</b>
<b>4.2</b>	<b>BETYDNINGEN AV ERSTATNINGEN I SEG SELV</b>	<b>31</b>
4.2.1	PROBLEMSTILLINGER	31
4.2.2	REPARASJON AV EFFEKTIV KONKURRANSE	32
4.2.3	KONKLUSJON	34
<b>4.3</b>	<b>PREVENSJONSVIRKNINGEN</b>	<b>34</b>
4.3.1	PROBLEMSTILLINGER VED VURDERINGEN AV PREVENSJONSVIRKNINGEN	34
4.3.2	SKADELIDTES SØKSMÅLSINSENTIVER	35
4.3.3	PREVENSJONSVIRKNINGEN PÅ SKADEVOLDER	39
4.3.4	OVERPREVENSJON OG STRATEGISK SØKSMÅLSATFERD	41
4.3.5	ANDRE ASPEKTER VED PREVENSJONSVIRKNINGEN	43
4.3.6	VURDERING AV PREVENSJONSVIRKNINGEN	44
<b>4.4</b>	<b>EFFEKTIV PREVENSJON: FORHOLDET TIL TEORIEN OM OPTIMALE SANKSJONER</b>	<b>45</b>
4.4.1	PROBLEMSTILLING	45
4.4.2	MINIMERING AV OPPDAGELSE- OG SANKSJONSKOSTNADER	46
4.4.3	OPTIMAL SAMMENSETNING AV OPPDAGELSESSANNSYNLIGHET OG SANKSJON	49
4.4.4	OPTIMAL MENGDE OVERTREDELSER	51
4.4.5	ØNSKEDE EFFEKTIVE OVERTREDELSER	52
<b>4.5</b>	<b>EFFEKTIV PREVENSJON: SAKSPRIORITERING</b>	<b>55</b>
<b>4.6</b>	<b>EFFEKTIV PREVENSJON: KONKLUSJON</b>	<b>56</b>
<b>4.7</b>	<b>EFFEKTIV PREVENSJON: BEHOV FOR PØNALT ERSTATNINGSANSVAR?</b>	<b>57</b>
<b>5</b>	<b>KONKLUSJONER</b>	<b>60</b>
	<b>LITTERATURLISTE</b>	<b>62</b>
	<b>KILDER</b>	<b>64</b>

## 1 Innledning

### 1.1 Hovedproblemstillinger og avgrensning

Dersom en konkurrent ved å overtre konkurransereglene påfører en annen konkurrent skade oppstår det en mulig erstatningssituasjon. Fra et konkurranserettslig synspunkt reiser dette et spørsmål om et erstatningsansvar overfor konkurrenter ved brudd på konkurransereglene som en sivilrettslig sanksjon bidra til å realisere konkurransereglenes formål om effektiv konkurranse.

Erstatningsansvaret har både en reparasjonsfunksjon og prevensjonsfunksjon. Begge disse funksjonene kan tenkes å representere et bidrag til å realisere konkurransereglenes formål om effektiv konkurranse. Reparasjonsfunksjonen kan tenkes å bidra til formålet om effektiv konkurranse dersom reparasjon til en skadelidt konkurrent også reparerer skadevirkningene på konkurransen. Når det gjelder prevensjonsfunksjonen kan denne bidra til å realisere konkurransereglenes formål om effektiv konkurranse ved å avskrekke overtredelser og dermed bidra til en bedre etterlevelse av konkurransereglene.

Ved spørsmålet om et erstatningsansvar overfor konkurrenter som sanksjon kan bidra til å realisere konkurransereglenes formål oppstår det imidlertid særlige utfordringer. Premissene for en effektiv konkurranseprosess er at konkurrenter som del av denne prosessen tillates å påføre hverandre skade i kampen om fortjeneste. Det er dermed helt nødvendig at erstatningsansvar overfor konkurrenter skiller mellom skader som er et resultat av ønsket og effektiv konkurranseatferd mot de skader som følger av uønsket ulovlig konkurranseskadelig atferd. Hvis ikke kan erstatningsansvaret som sanksjon bidra til å motvirke konkurransereglenes formål om effektiv konkurranse.

Konkurransereglenes formål om effektiv konkurranse er et virkemiddel for et overordnet formål om effektiv ressursbruk. Dette reiser et spørsmålet om et erstatningsansvar overfor konkurrenter bidrar til å realisere konkurransereglenes overordnede formål om effektiv ressursbruk ved å være en effektiv sanksjon.

I oppgaven vil jeg gjøre en nærmere undersøkelse av de spørsmålene jeg har reist ovenfor. *Hovedproblemstillingene for oppgaven blir om et erstatningsansvar overfor konkurrenter ved brudd på konkurransereglene kan bidra til å realisere konkurransereglens formål om effektiv konkurranse, og om dette er en effektiv sanksjon.*

Konkurransereglene reguleres av konkurranseloven<sup>1</sup> og EØS-avtalens<sup>2</sup> konkurranseregler som er inkorporert i norsk rett gjennom EØS-loven<sup>3</sup>. Det for tiden en ny norsk konkurranselov under utarbeidelse.<sup>4</sup> Arbeids- og administrasjonsdepartementets forslag til proposisjon til Stortinget ble godkjent av Kongen i statsråd 10. oktober 2003. Forslaget til ny konkurranselov innebærer en harmonisering med de EØS-rettslige konkurransereglene og medfører et mer omfattende forbudsregime sammenliknet med gjeldende konkurranselov. Jeg vil legge de norske interne konkurransereglene til grunn for vurderingene med utgangspunkt i det foreliggende forslaget til ny konkurranselov.

Jeg vil avgrense mot de spesielle problemstillingene som oppstår i forbindelse med erstatningsansvar mellom konkurrenter som deltar i et ulovlig konkurransebegrensende samarbeid.

## 1.2 Metodespørsmål

Jeg vil vurdere hovedproblemstillingene med utgangspunkt i økonomisk teori. Både overtredelser av konkurransereglene og erstatning kan beskrives og vurderes med økonomiske modeller. Siden disse modellene bygger på økonomiske effektivitetsmål som vurderingskriterium er de særlige interessante i forhold til konkurransereglene som har et effektivitetsformål. Bruken av økonomisk teori innebærer at jeg vil ta

---

<sup>1</sup> Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 11. juni 1993 nr. 65

<sup>2</sup> Agreement on the European Economic Area (EEA-agreement), Oporto, 2 May 1992

<sup>3</sup> Lov om gjennomføring av i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr. 109

<sup>4</sup> NOU 2003:12 Ny konkurranselov, Ot. prp. (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler (EØS-konkurranseloven).

utgangspunkt at beslutningstakerne opptre i samsvar med de forutsetningene som gjøres om rasjonell atferd i økonomisk teori. For å forenkle analysen vil jeg ta utgangspunkt i at markedsaktørene er risikonøytrale.

Jeg vil ta utgangspunkt i Kaldor-Hicks-kriteriet i effektivitetsvurderingene.<sup>5</sup> Det er dermed den samfunnsøkonomiske totalvirkningen som er avgjørende for effektivitetsvurderingen. Det er totalvirkningen som ligger til grunn som utgangspunkt for effektivitetsvurderingen i forslaget til ny konkurranselov.<sup>6</sup>

Gjennom rettsøkonomien utgjør økonomisk teori et velutviklet metodeverktøy til å vurdere rettsregler. I rettsøkonomien anvendes mikroøkonomisk teori både til å analysere hvordan rettsregler virker og hvordan rettsregler bør være for å oppnå effektiv ressursbruk. I rettsøkonomien kalles dette hhv. positiv og normativ analyse. Analyse av erstatningsrett og sanksjoner er viet stor oppmerksomhet i rettsøkonomien. Økonomisk analyse av markeder med begrenset konkurranse et stort felt innenfor mikroøkonomi som kalles næringsøkonomi (industrial organization, industrial economics). Ved økonomisk analyse av konkurranseregler kombineres næringsøkonomien og rettsøkonomien til å analysere og vurdere konkurranserett. Tradisjonelt har det vært et hovedfokus på materielle konkurranseregler. Etter hvert har det imidlertid også blitt utviklet en relativt omfattende mengde litteratur om spesielle forhold som gjør seg gjeldende ved sanksjonering av konkurranseregler, herunder erstatningssanksjoner. Det økonomiske analyseapparatet utgjør derfor et solid teoretisk fundament som bakgrunn for mine egne vurderinger.

Betydningen av økonomisk teori og utviklingen mot et effektivitetsformål i konkurranseretten har medført at det i konkurranserettsfaget er et nært samspill mellom juss og økonomi. Den økonomiske teorien er i betydelig grad inkorporert i den konkurranserettslige litteraturen, både fordi den økonomiske teorien kan være nødvendig for å fastlegge gjeldende rett (de lege lata) og fordi den økonomiske teorien danner et grunnlag for de lege ferenda vurderinger. Selv om forfattere av konkurranserettslig litteratur benytter økonomisk teori, vil ofte juridiske forfattere

---

<sup>5</sup> Eide 2001 s. 22

<sup>6</sup> Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 33

presentere et betydelig selvstendig bidrag til vurderingene. Deres bidrag er ofte supplert med juridisk skjønn og de erfaringene juristene har ved den praktiske anvendelsen av rettsregler. I tillegg har jurister ofte opplæring i andre perspektivfag som rettssosiologi og rettsfilosofi, som kan trekkes inn i vurderingene. Jurister vil også ofte kunne presentere mer realistiske vurderinger fordi kunnskap om rettsystemet og sammenhengen i rettsystemet bidrar til å sette hensiktsmessige rammer for vurderingene. Vurderinger i rettsvitenskaplig litteratur vil derfor utgjøre en viktig kilde for mine egne vurderinger. På samme måte vil rettsadvenderes vurderinger som har kommet til uttrykk i andre juridiske kilder utgjøre en viktig bakgrunn for mine vurderinger.

For at vurderinger skal være rettslig interessante må de kunne plasseres inn i et juridisk argumentasjonsskjema. Vurderingene i oppgaven kan tilpasses et juridisk argumentasjonsskjema som et bidrag til de lege ferenda vurderinger. Vurderingene vil vise hvordan et erstatningsansvar overfor konkurrenter innenfor det eksisterende rettslige rammeverket med utgangspunkt i forslaget til ny konkurranselov tjener konkurransereglenes formål og utgjør dermed en referanse for om det fra et konkurranserettslig sanksjonssynspunkt er behov gjøre endringer. At det er behov for en slik vurdering illustreres ved at både konkurranselovutvalget og departementet i forarbeidene til ny konkurranselov uttrykker et ønske om en nærmere utredning av erstatningsansvaret ved brudd på konkurransereglene, spesielt med tanke for behovet for særskilt regulering.<sup>7</sup> Jeg vil ikke gjøre en systematisk vurdering av behovet for endringer i det rettslige rammeverket, men berøre dette delvis i enkelte utvalgte problemstillinger. Enkelte de lege ferenda betraktninger og vurderinger vil også være naturlig som et biprodukt av vurderingen av hovedproblemstillingene.

---

<sup>7</sup> NOU 2003:12 s. 212, Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 187

## **2 Konkurranseregler, effektivitet og konkurrenters interesser**

### **2.1 Innledning**

Ot. prp. forslaget § 1 angir at ”lovens formål er fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser”. Formålet er dermed effektiv konkurranse som et virkemiddel for et overordnet formål om effektiv ressursbruk. Hovedinnholdet i lovens materielle bestemmelser er å motvirke ulike former for handlinger som begrenser den effektive konkurransen. Ot. prp. forslaget § 10 som er harmonisert med EØS art. 53 forbyr visse former for konkurransebegrensende samarbeid. Ot.prp. forslaget § 11 er harmonisert med EØS art. 54 og forbyr utilbørlig misbruk av dominerende stilling. Når det gjelder konkurransebegrensende foretakssammenslutninger er disse ikke forbudsbelagt, men kan forbys gjennom en inngrepsfullmakt for Konkurransetilsynet, jfr ot. prp. forslaget §§ 16 flg.

I dette kapittelet vil jeg med bakgrunn i økonomisk teori analysere sammenhengen mellom konkurransereglens formål om effektiv konkurranse, de effektivitetstap som følger av handlinger i strid med konkurransereglene og konkurrenters interesser i å konkurrere om fortjeneste. Denne analysen vil dekke flere formål. For det første vil denne analysen være viktig for å drøfte innholdet i et erstatningsansvar overfor konkurrenter fordi analysen vil vise sammenhengen mellom de effektivitetstap som beskyttes av konkurransereglens effektivitetsformål og de skader en overtredelse av konkurransereglene kan påføre konkurrenter i form av tapt fortjeneste. For det andre vil denne analysen være viktig som et grunnlag for å vurdere hvordan konkurrenters interesser slår ut i insentiver til å håndheve konkurransereglene gjennom en erstatningsrett i forhold til de effektivitetstap konkurransereglene etter sitt formål beskytter mot. Dette vil både være av betydning for å vurdere erstatningsansvarets virkning og for å vurdere erstatningsansvarets effektivitet.

I første del av kapittelet gjøre en generell analysere sammenhengen mellom konkurranseprosessens effektivitetsegenskaper, de effektivitetstap som kan følge av begrenset konkurranse og konkurrenters interesser i form av fortjeneste. På bakgrunn av



denne analysen vil jeg analysere konkurrenters interesse i at andre konkurrenter følger konkurransereglene og hvilken sammenheng dette har med konkurransereglenes effektivitetsformål. Dette vil suppleres med et teoretisk eksempel hvor jeg ved tallstørrelser illustrerer sammenhengen mellom effektivitet og konkurrenters interesser ved konkurransebegrensende atferd.

## 2.2 Konkurranse, effektivitet og konkurrenters interesser

I en effektiv konkurranse vil konkurrentenes kamp om fortjeneste lede mot effektivitet. I et statisk effektivitetsperspektiv vil kampen om fortjeneste i en effektiv konkurranseprosess innebære at bare de bedriftene som kan produsere mest effektivt overlever konkurransen (produksjonseffektivitet) og prisene presses til det nivået hvor grensekostnadene tilsvarer etterspørernes marginale betalingsvillighet (allokeringseffektivitet). Videre vil det være effektivitet i konsumet (konsumeffektivitet). Dette resonnementet bygger på første velferdsteorem i økonomisk teori som er basert på det teoretiske utgangspunktet om frikonkurranse.<sup>8</sup> I et dynamisk effektivitetsperspektiv vil effektiv konkurranse innebære at fortjeneste som følge av forbedrede produksjonsprosesser og innovasjoner skyldes effektive tilpasninger.

I en effektiv konkurranseprosess er det en forutsetning at konkurrenter tillates å påføre andre konkurrenter skade i kampen om fortjeneste. Dersom en konkurrent ikke er i stand til å frambringe et produkt på den mest effektive måten er det effektivt at produksjonen overføres til andre som kan gjøre det mer effektivt, selv om det skulle innebære at den mindre effektive konkurrenten påføres et tap i form av redusert fortjeneste. De konkurrentene som ikke overlever konkurransekampen i en effektiv konkurranseprosess representerer en ineffektivitet. Det at disse konkurrentenes interesser skades ved å bli ekskludert fra konkurransen representerer derfor en effektivitetsgevinst. Spørsmålet videre blir da hvordan begrensninger i den effektive konkurransen kan endre denne sammenhengen.

Ved begrenset konkurranse vil ofte enkelte aktører ha en evne til å i mer eller mindre grad kunne opptre uavhengig av kunder og disiplinerende konkurranse fra konkurrenter.

---

<sup>8</sup> Eide 2001 s. 22

Denne evnen kan omtales som markedspekt.<sup>9</sup> I økonomisk teori defineres markedspekt gjerne ved at en tilbyder lønnsomt kan sette pris høyere en grensekostnad.<sup>10</sup>

Grunnforutsetningen for en evne til å utøve markedspekt er at det foreligger etableringshindringer av en eller annen art.<sup>11</sup> Dersom det foreligger slike etableringshindringer er det en forutsetning for evne til å utøve markedspekt at det er begrensninger i aktuelle konkurransen, dvs. konkurransen mellom de etablerte aktørene.

Utøvelsen av markedspekt kan gi opphav til flere effektivitetstap. Dersom en tilbyder utnytter markedspekt ved å begrense produksjonen slik at prisen overstiger grensekostnaden vil det ikke være allokeringseffektivitet. Grunnen til dette er at det finnes etterspørrere som har en marginal betalingsvillighet som er høyere en grensekostnaden. Summene av disse tapene av urealiserte effektive transaksjonene kalles dødvektstapet som følge av markedspekt. Dødvektstapet ikke er det eneste effektivitetstapet markedspekt kan gi opphav til. I økonomisk litteratur finnes det modeller som viser at bedrifter med markedspekt som følge av ”quiet life” blir mindre effektive (X-ineffektivitet).<sup>12</sup> I tillegg kan man forvente at bedrifter er villig til å sløse bort sine egne og andres ressurser på å opprettholde og oppnå markedspekt (rent-seeking).<sup>13</sup> Der markedspekten brukes til å ekskludere mer effektive konkurrenter fra markedet, jf. nedenfor, oppstår det et effektivitetstap ved at ressursene ikke kanaliseres dit hvor de mest effektivt kan anvendes.

Utøvelsen av markedspekt vil i utgangspunktet øke en konkurrents fortjeneste. I konkurranseprosessen er må det derfor forventes at en konkurrent med markedspekt vil utnytte denne og at han vil gjennomføre handlinger for å oppnå eller forsterke sin markedspekt. Andre konkurrenters fortjeneste kan bli påvirket som et ledd i denne prosessen.

---

<sup>9</sup> Konkurranseloven med kommentarer 1999 s. 49

<sup>10</sup> Church 2000 s. 30, Hovenkamp 1999 s. 79

<sup>11</sup> Church 2000 s. 37

<sup>12</sup> Se f.eks. Church 2000 s. 145

<sup>13</sup> Church 2000 s. 147

En som allerede har markedsrett kan utnytte denne direkte gjennom å begrense produksjonen og øke prisene. Dette kan kalles direkte ekspløitativ bruk av markedsrett<sup>14</sup> eller direkte utnyttelse av markedsrett. Ofte vil imidlertid evnen til å utnytte markedsrett være avhengig eller kunne forsterkes ved at det gjennomføres konkurransebegrensende handlinger.

De konkurransebegrensende handlingene kan for det første rette seg direkte mot etterspørselssiden. Dette kan kalles ekspløitative konkurransebegrensninger.<sup>15</sup> Alternativt kan dette kalles utnyttende konkurransebegrensninger. Ekspløitative konkurransebegrensninger er konkurransebegrensende handlinger som gjør én eller flere tilbydere i stand til å utøve markedsrett overfor kundene. En typisk ekspløitativ konkurransebegrensning er samarbeid mellom konkurrenter som begrenser konkurranseintensiteten mellom dem, for eksempel prissamarbeid og markedsdeling.

Ekspløitative handlinger kan brukes som en fellesbetegnelse på direkte ekspløitativ bruk av markedsrett og ekspløitative konkurransebegrensninger. Konkurrenter av den eller de som gjennomfører ekspløitativ handlinger vil som hovedregel også oppnå en gevinst ved dette. Dersom f.eks. en gruppe tilbydere inngår et prissamarbeid slik at prisen øker, vil konkurrenter utenfor samarbeidet nyte godt av den økte prisen. Det at én eller flere tilbydere gjennomfører en ekspløitativ handling vil derfor som hovedregel være i andre konkurrenters interesse.

En tilbyder vil også kunne øke sin evne til å utøve markedsrett overfor kundene hvis han har en evne til å begrense konkurransen ved å ekskludere konkurrenter fra markedet. Dette omtales ofte som "the power to exclude competition".<sup>16</sup> Dette er handlinger som helt eller delvis ekskluderer konkurrenter fra konkurransen, enten ved at disse forsvinner fra markedet eller ved at deres evne til å konkurrere begrenses. Dette er altså konkurransebegrensninger som retter seg mot tilbudsiden. Denne typen konkurransebegrensninger er et middel der målet eller virkningen er at den eller de ikke-ekskluderte blir i bedre stand til å kunne utøve markedsrett ovenfor kundene. I

---

<sup>14</sup> Whish 2001 s. 168

<sup>15</sup> Wahl 2000 s. 303

<sup>16</sup> Hovenkamp 1999 s. 78 flg.

noen tilfeller vil denne typen konkurransebegrensninger på kort sikt kunne medføre et tap for den som gjennomfører den, der gevinsten først inntreffer når konkurransebegrensningen har fått sin virkning.

Eksempler på ekskluderende konkurransebegrensninger er produktutvikling som fortrenger andre konkurrenters produkter, eksklusivavtaler som hindrer konkurrenters adgang til innsatsfaktorer eller distribusjon, koblingshandel som begrenser konkurrenters kundetilgang, innlåsningsordninger som gjør det kostbart for en kunde å skifte til en konkurrent og predasjonsprising. Felles for mange av de ekskluderende konkurransebegrensningene er imidlertid at de også kan realisere effektivitetsgevinster og dermed kan være effektive. Dette kan illustreres ved noen eksempler.

Eksempelvis kan konkurrenter bli ekskludert av en tilbyder som har utviklet en overlegen produksjonsteknologi eller et bedre produkt som gjør den ekskluderte ute av stand til å konkurrere. I dette tilfellet vil konkurransebegrensningen ofte være ønsket og kan alternativt betraktes som effektiv konkurranse om et marked snarere enn en konkurransebegrensning i et marked.<sup>17</sup> Ofte er den som utvikler ny teknologi beskyttet mot konkurranse ved legalt monopol, f.eks. i form av immaterielle rettigheter. En godtar da at en tilbyder har markedsrett i en periode for å motivere til innovasjon og nyskaping. En godtar dermed en periode med statisk ineffektivitet for å fremme dynamisk effektivitet.

Når det gjelder eksklusive distribusjonsavtaler, kan disse skape insentiver for distributøren til å yte bedre service og produktinformasjon og derfor gi opphav til effektivitetsgevinster. Med liknende argumenter kan en utlede et effektivitetsforsvar for mange ekskluderende konkurransebegrensninger. Undertiden kan det være vanskelig å avgjøre om det faktisk dreier seg om en ekskluderende konkurransebegrensning eller effektiv konkurranseadferd som resulterer i en ekskludering av de mindre effektive tilbyderne. Dette vil særlig kunne gjelde ved avgrensningen mellom predasjonsprising og hard priskonkurranse.

---

<sup>17</sup> Dynamic Competition and Public Policy s. 6 flg.

Felles for både effektive og ineffektive ekskluderende konkurransebegrensninger er at konkurrenter som hovedregel skades ved å ekskluderes fra markedet ved å lide et økonomisk tap i form av redusert eller tapt fortjeneste. Ved ekskluderende konkurransebegrensninger er det dermed ikke noen nødvendig sammenheng mellom effektivitetsvirkningene og skaden på konkurrenten i form av tapt fortjeneste. Noe upresist kan man si at effektive ekskluderende konkurransebegrensninger er en del av den effektive konkurransen. Når konkurrenter ekskluderes som følge av slike er dette skade som følge av effektiv konkurranse. Når disse konkurrentene ekskluderes reflekterer dette derfor en effektivitetsgevinst. Når konkurrenter interesser skades som følge av en ineffektiv konkurransebegrensning vil de skades i en situasjon hvor samfunnet også skades i form av ineffektivitet. Dette skyldes imidlertid den skadelidte konkurrentens fortjenestetap og kan ha en mer eller mindre sammenheng med effektivitetsvirkningene som sådan. Dette vil belyses nærmere med talleksempler i analysen nedenfor.

## 2.3 Konkurranseregler og konkurrenters interesser

### 2.3.1 Systematikk

Inndelingen i eksplorative handlinger og ekskluderende konkurransebegrensninger er hensiktsmessig når man skal vurdere sammenhengen mellom effektivitetsvirkningene av begrenset konkurranse og konkurrenters interesser. Av denne grunn vil jeg også kategorisere konkurransereglene etter om de retter seg mot eksplorative handlinger eller ekskluderende konkurransebegrensninger.

Med sitt formål om effektiv konkurranse, retter konkurransereglene seg i utgangspunktet seg mot et utvalg av de eksplorative handlingene og ekskluderende konkurransebegrensningene som er ineffektive.

Forslaget til ny konkurranselov opererer imidlertid ikke med en slik systematisering av konkurransereglene. Det materielle innholdet i bestemmelsene kan likevel i grove trekk beskrives som å rette seg mot eksplorative handlinger eller ekskluderende konkurransebegrensninger. Når det gjelder Ot. prp forslaget § 10 omfatter denne både horisontale og vertikale konkurransebegrensende samarbeid. Mens et horisontalt samarbeid mellom konkurrenter typisk vil være en eksplorativ

konkurransebegrensning, vil et vertikalt samarbeid både kunne være eksplotativ og ekskluderende. Eksempelvis vil en enedistribusjonsavtale kunne ha en ekskluderende virkning. Når det gjelder Ot. prp. forslaget § 11 kan utilbørlig misbruk av dominerende stilling både være eksplotativ og ekskluderende. Typisk kan visse former for prisdiskriminering ha et rent eksplotaivt formål ved at etterspørerne utnyttes ved å ta en høy pris i markeder der konkurransen er begrenset. Dette vil imidlertid ikke være en eksplotativ konkurransebegrensning men en direkte eksplotativ bruk av markedspekt, jf. Wish<sup>18</sup> som skiller mellom ”exploitative” og ”anti-competitive” misbruk ved drøftelsen av EF-traktaten art. 82 som tilsvarer EØS art. 54. I denne sammenheng bør det nevnes at dette er grunnen til at konkurransereglene ikke bare kan beskrives som å rette seg mot de eksplotative konkurransebegrensningene men at de også til en viss grad omfatter den direkte eksplotative bruken av markedspekt.<sup>19</sup> Som eksempler som ekskluderende konkurransebegrensninger som kan omfattes av utilbørlig misbruk av dominerende stilling kan nevnes predasjonsprising, ulike former for koblingshandel og leveringsnektelser. I prinsippet kan også konkurransebegrensende foretakssammenslutninger også kategoriseres som eksplotative eller ekskluderende konkurransebegrensninger. En foretakssammenslutning mellom konkurrenter vil kunne medføre at konkurransen overfor etterspørerne begrenses og dermed være en eksplotativ konkurransebegrensning. En vertikal foretakssammenslutning vil kunne innebære, eller i alle fall legge til rette for, ekskluderende konkurransebegrensninger.

### 2.3.2 Forbud rettet mot eksplotative handlinger

Når det gjelder forbud rettet mot eksplotative konkurransebegrensninger, vil konkurrenter vil som hovedregel ikke ha noen interesse i at disse overholdes av andre konkurrenter. Eksplotative handlinger vil normalt lede til høyere priser, noe som vil komme alle konkurrenter i markedet til gode, jf. analysen ovenfor. Konkurrenter vil derfor i utgangspunktet ikke ha noen interesse i at forbud mot eksplotative handlinger overholdes av andre konkurrenter.

---

<sup>18</sup> Wish 2001 chapter 5 og chapter 18

<sup>19</sup>Se også Wahl 1999 kap. 12

Dersom forbudene rettet mot eksplorative handlinger etter sin utforming også kan omfatte effektive handlinger<sup>20</sup> kan en imidlertid havne i situasjonen der handlinger som forsterker konkurransen er forbudt. Eksempelvis kan det tenkes at et samarbeid mellom konkurrenter realiserer effektivitetsgevinster som reduserer samarbeidspartenes priser. Dette vil andre konkurrenter tape på. Konkurrenter vil da ha en interesse av at forbudet overholdes av andre konkurrenter der det i et effektivitetsperspektiv ikke er ønskelig at forbudet overholdes.

### 2.3.3 Forbud rettet mot ekskluderende konkurransebegrensninger

Som jeg har redegjort for ovenfor vil ekskluderende konkurransebegrensninger både kunne være samfunnsøkonomisk ønsket og uønsket. Med konkurransereglens formål om effektivitet er det i utgangspunktet de ekskluderende konkurransebegrensningene som er ineffektive som er forbudt.

Ekskluderte konkurrenter vil som hovedregel lide et tap uavhengig av om ekskluderingen er forbudt eller ikke og uavhengig av om ekskluderingen er effektiv eller ikke. De ekskluderte konkurrentene vil derfor som hovedregel ha en interesse i at andre konkurrenter overholder forbud som retter seg mot ekskluderende konkurransebegrensninger, men interessen er ikke isolert til de ineffektive konkurransebegrensningene. Dette innebærer at dersom forbudene mot ekskluderende konkurransebegrensninger etter sin utforming<sup>21</sup> også skulle omfatte effektive konkurransebegrensninger eller mer generelt effektiv konkurranseadferd vil ekskluderte konkurrenter ha en interesse i at konkurrentene overholder forbudene også der overtredelsene er effektive.

## 2.4 Analyse av en ekskluderende konkurransebegrensning

Jeg vil ved hjelp av noen teoretiske eksempler nedenfor analysere og illustrere virkningene av en ekskluderende konkurransebegrensning ettersom det er overtredelser av konkurranseregler rettet mot ekskluderende konkurransebegrensninger som er mest relevant forhold til et erstatningsansvar overfor konkurrenter. Formålet med eksemplene er å belyse nærmere forholdet mellom effektivitet og konkurrenters interesser.

---

<sup>20</sup> Se kapittel 3 nedenfor

<sup>21</sup> Se kapittel 3 nedenfor

#### 2.4.1 Ekskludering av mindre effektiv konkurrent

For å oppnå en enkel håndterbar situasjon vil jeg med utgangspunkt i en statisk likevektsmodell se på et marked med to bedrifter: bedrift A og bedrift B. Bedrift A er størst og produserer 70 enheter. Bedrift B produserer 30 enheter. Bedrift A er mest effektiv og har en enhetskostnad og marginalkostnad på NOK 50, mens bedrift B har en tilsvarende kostnad på NOK 80. Jeg antar at A og B ikke samarbeider, men at likevektsprisen har stabilisert seg på NOK 100 (i en såkalt oligopolistisk likevekt uten samarbeid).

Alternativ 1:

A gjennomfører en konkurransebegrensende handling som ekskluderer B helt fra markedet, f.eks. ved å inngå en ikke-gjensidig eksklusiv distribusjonsavtale med alle distributører. As økte markedsmakt innebærer at prisen øker til NOK 105 og at omsatt kvantum reduseres til 95.

Effektivitetsvirkningene blir for det første et økt dødvektstap ved at prisen øker fra NOK 100 til NOK 105, dvs. en prisøkning på NOK 5, som resulterer i en kvantumsreduksjon på 5. Dersom en legger en lineær etterspørselsfunksjon til grunn, og at disse enhetene ville blitt produsert av bedrift B til NOK 80 pr. enhet, kan en ved enkel matematikk vise at dødvektstapet øker med NOK 112,5.<sup>22</sup> Dette blir et effektivitetstap. Videre oppnås en effektivitetsgevinst ved at produksjonen av 25 enheter overføres fra B til den mer effektive A. Besparelsen er NOK 30 pr. enhet, noe som gir en total besparelse på NOK 750. Samfunnsøkonomisk innebærer derfor konkurransebegrensningen en effektivitetsgevinst på NOK 637,5.

Bedrift B hadde en omsetning på 30 enheter med en fortjeneste på NOK 20, dvs Bedrift B lider et tap på NOK 600.

I tillegg vil NOK 475 overføres fra etterspørerne til produsent fordi bedrift A kan selge alle de 95 enhetene NOK 5 dyrere.

---

<sup>22</sup> Hvis prisen øker fra  $p_1$  til  $p_2$ , kvantum reduseres fra  $x_1$  til  $x_2$  og grensekostnaden er  $c$  er økningen i dødvektstapet  $(p_1 - c) \cdot (x_1 - x_2) + (p_2 - p_1) \cdot (x_1 - x_2) / 2$



Alternativ 2:

Jeg antar nå at konkurransebegrensningen isteden innebærer at prisen øker til NOK 120 og kvantum reduseres til 80. Dødvektstapet øker da med NOK 600 som følge av konkurransebegrensningen. Effektivitetsgevinsten blir NOK 300 ettersom bare 10 enheter produksjon overføres fra bedrift B til bedrift A. Samfunnsøkonomisk innebærer derfor konkurransebegrensningen et effektivitetstap på 300.

Bedrift B vil fortsatt lide et tap på NOK 600

NOK 1600 vil overføres fra etterspørrene til bedrift A.

I alternativ 1 er altså gjennomføringen av konkurransebegrensningen samfunnsøkonomisk ønskelig, mens i alternativ 2 er konkurransebegrensningen samfunnsøkonomisk uønsket. I begge situasjoner skjer det en reell begrensning i konkurransen og etterspørrene lider skade. Effektivitetsgevinstene skyldes at den mindre effektive bedrift B ekskluderes. Bedrift B vil imidlertid lide samme skade i begge tilfeller. B vil faktisk lide samme skade selv om den ekskluderende handlingen skulle føre til at prisen ble redusert. I sistnevnte tilfelle vil det ikke innebære noen effektivitetstap at bedrift B blir ekskludert, og kundene vil tjene på konkurransebegrensningen.

Ved ekskludering av mindre effektive konkurrenter må en derfor være særskilt oppmerksom på at det ikke nødvendigvis vil være et sammenfall mellom konkurrenters og samfunnets interesser. I disse situasjonen kan mindre effektive konkurrenters tilstedeværelse sees på som et nødvendig onde for å bidra til konkurransens disiplinerende virkning. En godtar dermed en ineffektivitet i produksjonen for å få en bedre allokeringseffektivitet. Det bør også bemerkes at hele bedrift Bs tap skyldes at konkurransen er begrenset i utgangspunktet. Jo mer konkurransen er begrenset i utgangspunktet i form av høye priser, jo større tap vil bedrift B bli påført av å bli ekskludert.

#### 2.4.2 Ekskludering av en mer effektiv eller like effektiv konkurrent

Ved ekskludering av en mer eller like effektiv konkurrent blir sammenhengen mellom samfunnets interesser og konkurrenters interesser i større grad sammenfallende. Hvis en

tenker seg at bedrift B i eksemplet ovenfor var like effektiv eller mer effektiv enn bedrift A, ville det ikke oppstå noen effektivitetsgevinst ved at bedrift Bs produksjon ble flyttet til bedrift A. Dersom bedrift B var mer effektiv en bedrift A, ville dødvektstapet bli større fordi forskjellen mellom pris og grensekostnaden ved den urealiserte handelen ville blitt større. I tillegg ville en oppnå et effektivitetstap ved at produksjonen ble lagt til A som er mindre effektiv. Dette kan illustreres ved å manipulere litt på alternativ 2 i eksempelet ovenfor. Dette vil jeg gjøre ved å anta at bedrift B isteden har en enhetskostnad og marginalkostnad på 40.

Det økte dødvektstapet av konkurransebegrensningen kan da beregnes til 1400. Effektivitetstapet ved at 20 enheter overføres til bedrift A med NOK 10 høyere grensekostnad er NOK 200. Den samlede økningen i det effektivitetstapet blir dermed 1600

Bedrift Bs tap på å bli ekskludert er salg 30 enheter med en fortjeneste på NOK 60 pr. enhet, dvs. NOK 1800. Av dette utgjør NOK 300 et tap som skyldes at bedrift B er mer effektiv en bedrift A og NOK 1500 tap fordi konkurransen var begrenset i utgangspunktet. Strengt tatt skyldes imidlertid begge disse tapene at konkurransen var begrenset i utgangspunktet fordi i en effektiv tilpassning ville prisen vært 40.

En konkurrents tap av å bli ekskludert er derfor isolert sett større jo mer effektiv den ekskluderte konkurrenten er.

#### 2.4.3 Særlig om betydningen av konkurransen i utgangspunktet

Som det framgikk ovenfor var konkurrentens skade i form av tapt fortjeneste avhengig av hvor begrenset konkurransen var i utgangspunktet. Jo mer begrenset konkurransen var i utgangspunktet jo mer hadde konkurrenten å tape på å bli ekskludert.

I utgangspunktet kan det synes som om dette leder til en slags motstrid mellom konkurrenters interesser og samfunnsøkonomiske effektivitetsinteresser. Dette er ikke nødvendigvis riktig.

Som regel vil det være slik at en kvantumsreduksjon gir større effektivitetstap jo høyere prisen allerede er, dvs. jo høyere dødvektstapet allerede her. Dette kan illustreres ved et

enkelt eksempel. Hvis grensekostnaden er NOK 20 og gjeldende pris (marginal betalingsvillighet) er NOK 25 vil en enhets kvantumsreduksjon resultere i et økt dødvektstap på NOK 5. Hvis derimot gjeldende pris (marginal betalingsvillighet) er NOK 100 vil en enhets kvantumsreduksjon resultere i et økt dødvektstap på NOK 80. Dette innebærer at for en gitt kvantumsreduksjon som følger av en ineffektiv ekskluderende konkurransebegrensning vil skaden på en konkurrent og skaden på samfunnet i form av økt dødvektstap bli større jo mer konkurransen er begrenset i utgangspunktet.

#### 2.4.4 Oppsummering

Eksemplene ovenfor illustrerer for det første at det ved en ekskluderende konkurransebegrensning ikke er noen nødvendig sammenheng mellom effektivitetsvirkningene og en konkurrents tap ved å bli ekskludert. Dette vil være særlig fremtredende der den ekskluderte konkurrenten er mindre effektiv enn den ekskluderende konkurrenten er. Den ekskluderte konkurrentens tilstedeværelse kan i denne situasjonen betraktes som et nødvendig onde for å realisere konkurransens disiplinerende egenskaper. Hele den ekskluderte konkurrentens tap skyldes at konkurransen er begrenset i utgangspunktet. I denne sammenheng vil det kunne realiseres betydelige effektivitetsgevinster ved at produksjon overføres til en mer effektiv produsent. Størrelsen på denne effektivitetsgevinsten vil være avhengig av hvor mye samlet kvantum påvirkes som følge av konkurransebegrensningen. Jo mindre kvantum påvirkes, jo større blir effektivitetsgevinsten. Disse effektivitetsgevinstene vil potensielt kunne være større enn effektivitetstapet ved at konkurransen begrenses. Dersom kvantum ikke reduseres vil det ikke oppstå noe effektivitetstap i form av dødvektstap. Konkurransebegrensningen vil i dette tilfellet bare realisere effektivitetsgevinster, dersom en ser bort fra andre eventuelle effektivitetstap som følge av konkurransebegrensningen som f.eks. "rent-seeking"-sløsing. Med utgangspunkt i situasjonen før den konkurransebegrensende handlingen vil imidlertid den ekskluderte konkurrenten lide samme tap av å bli ekskludert uavhengig av konkurransebegrensningens effektivitetsegenskaper.

Der den ekskluderte konkurrenten er like effektiv eller mer effektiv enn den ekskluderende konkurrenten vil det være en sterkere sammenheng mellom effektivitetsvirkningen og konkurrentens tap ved å bli ekskludert. I denne situasjonen

vil ikke det ikke oppstå noen effektivitetsgevinst ved at produksjon eventuelt overføres til en mer effektiv tilbyder. Dødvectstapet vil også bli større jo mer effektiv den ekskluderte konkurrenten. Den ekskluderte konkurrentens tap ved å bli ekskludert kan deles opp i to poster: tapet som skyldes at konkurransen er begrenset i utgangspunktet og et tap som skyldes at den ekskluderte konkurrenten er mer effektiv. Strengt tatt er imidlertid begge disse tapene en følge av at konkurransen er begrenset i utgangspunktet.

For en gitt kvantumsreduksjon som følger av en ineffektiv ekskluderende konkurransebegrensning vil skaden på en konkurrent og skaden på samfunnet i form av økt dødvectstap bli større jo mer konkurransen er begrenset i utgangspunktet.

### **3 Rettslige rammer for konkurrenters erstatningsrett**

#### **3.1 Innledning**

Det jeg ønsker å belyse i dette kapitlet er hvilke rammer det norske rettsystemet setter for et erstatningsansvar overfor konkurrenter. Dette rammeverket vil utgjøre den rettslige referanserammen som ligger til grunn som utgangspunkt for vurderingen av oppgavens hovedproblemstillinger. Drøftelsene i dette kapitlet vil derfor være emnemessig og innholdsmessig rettet mot det som er viktig for å vurdere oppgavens hovedproblemstillinger.

#### **3.2 Erstatningsrettslig grunnlag**

For at det skal foreligge et rettslig håndhevbart erstatningskrav må det foreligge et rettslig grunnlag. Det rettslige grunnlaget for et erstatningsansvar må enten ha sitt grunnlag i en særskilt lovregulering av erstatningsansvaret eller hente sitt grunnlag i den alminnelige erstatningsretten.

I norsk konkurranselovgivning er det ikke gjort noen særskilt regulering av erstatningsansvaret ved overtredelser av konkurransereglene. I forarbeidene til gjeldende konkurranselov henvises det til det til gjeldende rett når det gjelder erstatningsansvaret.<sup>23</sup> Konkurranselovutvalget har valgt samme løsning i forslaget til ny konkurranselov.<sup>24</sup> Dette er fulgt opp i departementets innstilling.<sup>25</sup> Selv om konkurransereglene som sådan ikke regulerer ansvaret ved overtredelser vil de konkurranserettslige kildene likevel ha betydning for den nærmere fastleggingen av erstatningsansvaret innenfor den alminnelige erstatningsretten. Dette vil framgå nedenfor. Rettspraksis er så godt som fraværende når det gjelder erstatningsansvar for overtredelser av forbud eller vedtak etter gjeldende konkurranselov.<sup>26</sup> Forslaget til ny konkurranselov innebærer en harmonisering med de EØS-rettslige

---

<sup>23</sup> NOU 1991:27 s. 131

<sup>24</sup> NOU 2003:12 s. 212

<sup>25</sup> Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 188

forbudsbestemmelsene. EØS-retten har imidlertid heller ingen uttrykkelige regler om rett til erstatning ved overtredelse av EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Det følger imidlertid av EF-domstolens avgjørelse i *Courage*<sup>27</sup> at EF-retten krever at medlemsstatene har regler om erstatningsansvar ved overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82.

I den alminnelige erstatningsretten er grunnvilkårene for et erstatningsansvar at det foreligger et ansvarsgrunnlag, at det er adekvat årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og skaden og at det foreligger et økonomisk tap.<sup>28</sup>

### 3.3 Nærmere om ansvarsgrunnlaget

#### 3.3.1 Brudd på lovregulert handlenorm

Når det dreier seg om erstatningsansvar for overtredelse av en lovregulert handlenorm må det for det første foreligge en handling som er strid med normen, dvs. en handling i strid med et forbud eller påbud. I motsetning til ordningen i gjeldende konkurranselov opererer forslaget i konkurranselov med et omfattende forbudregime harmonisert med de EØS-rettslige konkurransereglene, jf. ot. prp. forslaget §§ 10 og 11. Dette utvider mulige grunnlag for erstatningsansvar ved brudd på konkurranseloven sammenliknet med ordningen i gjeldende konkurranselov. Når det gjelder foretakssammenslutninger, er konkurransereglene imidlertid utformet som en inngrepsfullmakt for Konkurransetilsynet, jf. ot. prp. forslaget § 16. Dette hindrer konkurrenter på grunnlag brudd på lovregulert handlenorm i konkurranseloven å kreve erstatning etter skade ved konkurransebegrensende foretakssammenslutninger som Konkurransetilsynet ikke har grepet inn mot.

Jeg skal gjøre en effektivitetsvurdering av erstatningsansvaret overfor konkurrenter som sanksjon. Det gir liten mening å gjøre effektivitetsvurderinger av sanksjoner av forbud som ikke har et effektivitetformål.<sup>29</sup> Dersom konkurransereglenes formål ikke hadde vært forankret i effektivitet ville derfor den rettslige referanserammen passet dårlig som grunnlag for mine hovedproblemstillinger. Dette er i utgangspunktet uproblematisk

---

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 6(2003-2004) s. 187

<sup>27</sup> Sak C-453/99, saml. 2001 side I-6297, *Courage Ltd. V. Bernhard Crehan*

<sup>28</sup> Lødrup 1999 s. 62

<sup>29</sup> Hjelmeng 2002B s. 264

ettersom konkurransereglene formål er effektiv konkurranse og har et overordnet formål om effektiv ressursbruk. De lege lata bør en likevel stille spørsmålet om de enkelte konkurranserettslige forbudene bare retter seg mot ineffektive begrensninger i konkurransen.

Etter reglene i rådsforordning 1/2003<sup>30</sup> blir ordningen med individuelle fritak for EØS-konkurransereglene samarbeidsbestemmelser erstattet med lovbestemte unntak. Den samme ordningen er foreslått i departementets forslag til ny konkurranselov. Unntakene er ikke rene effektivitetsunntak, blant fordi det er et vilkår at forbrukerne skal ha en rimelig andel av fordelene, jf. EØS art. 53 nr. 3 og ot. prp. forslaget § 10 3. ledd. Jeg vil derfor legge til grunn at konkurransereglene også i enkelte situasjoner kan forby effektive handlinger.

Spørsmålet blir da hvordan jeg i mine effektivitetsvurderingene skal forholde meg til at konkurransereglene kan forby effektive handlinger. I utgangspunktet er det ikke noe problem at regler med et effektivitetsformål forbyr effektive handlinger. I amerikansk konkurranserett opereres det med en forskjell mellom ”per se” forbud og ”rule of reason” forbud. Det finnes ingen entydig juridisk definisjon av ”per se” forbud, men det kan beskrives ved handlingsdelikt, slik at visse handlinger er forbudt uavhengig av de effektivitetsmessige følgene. ”Per se” forbud kan begrunnes med at presumsjonen er så sterk for at handlingen er ineffektiv, at det er håndhevingsmessig mest effektivt at handlingen forbys, om det så skulle innebære at noen effektive handlinger ble forbudt. Dette kan eventuelt løses gjennom en dispensasjonsordning, slik som ordningen er etter dagens konkurranselov § 3-9, eller ved at en optimalt utformet sanksjon sikrer at bare de effektive overtredelsene gjennomføres. Det siste vil jeg komme tilbake til nedenfor. Isolert sett er det ønskelig at de effektive overtredelsene gjennomføres.

Forslaget til ny konkurranselov opererer imidlertid ikke med noe klart skille mellom ”per se” forbud og ”rule of reason” forbud. Når unntaket i samarbeidsforbudet mot samarbeid omfatter enkelte effektive handlinger, for eksempel fordi forbrukerne ikke får en rimelig andel av fordelene, er dette en tilsiktet løsning selv om det skulle gå på

---

<sup>30</sup> Rådets forordning nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i EF-traktaten artikkel 81 og 82 (EFT L1/1 av 4. januar 2003)

bekostning av ren effektivitet. Dette er ikke en løsning som er valgt for å redusere håndhevningskostnadene.

Jeg vil likevel ta utgangspunkt i at dersom et forbud forbyr en effektiv handling, er det isolert sett ønskelig at forbudet overtres. Dette innebærer at jeg i effektivitetsvurderingene ikke ser det som ønskelig at konkurrenters erstatningsrett skal avskrekke effektive handlinger, ettersom dette i seg selv vil være ineffektivt. Dette kan forsvares med en formålstolkning ettersom de norske konkurransereglene har et overordnet formål om effektiv ressursbruk. Jeg vil forøvrig ikke gå nærmere inn i vurdering av inkonsistensen og de tolkningsspørsmål det innebærer at en lov med effektivitetsformål inneholder forbud som kan omfatte effektive handlinger.

### 3.3.2 Krav til culpa

Et spørsmål er hvilke krav som stilles til culpa utover over overtredelsen av den lovregulerte handlenormen for at det skal foreligge et ansvargrunnlag. Et strengt krav til culpa ville snevre inn mulige ansvarsgrunnlag og dermed snevre inn rammene for konkurrenters erstatningsrett. I norsk rett vil kravet til culpa utover overtredelsen av normen delvis være avhengig av hvilket rettsområde en befinner seg på.<sup>31</sup> Normalt vil uaktsomme overtredelser være culpøse. I utgangspunktet vil overtredelser i seg selv være uaktsomt, med relativt snevre unntak for bl.a. unnskyldelig villfarelse om de faktiske forhold eller unnskyldelig rettsvillfarelse. Oppgavens omfang tillater ikke at jeg i mine vurderinger eksplisitt problematiserer kravet til culpa. Dette er en omfattende drøftelse som passer bedre inn i en mer generell rettsøkonomisk analyse av brudd på konkurransereglene. Jeg vil derfor ikke utdype kravet til culpa nærmere.

### 3.3.3 Beskyttede interesser

Ved overtredelser av lovregulerte handlingsnormer er det i tillegg et vilkår for ansvargrunnlag at normen verner den skade har oppstått.<sup>32</sup> Alternativt kan dette formuleres som at skaden er en ved normen beskyttet interesse.<sup>33</sup> Om skaden er en ved normen beskyttet interesse må vurderes med bakgrunn i det rettsområdet normen tilhører. Dette vilkåret står sentralt ved spørsmålet om erstatningsansvar overfor

---

<sup>31</sup> Lødrup 1999 s.131

<sup>32</sup> Lødrup 1999 s. 333

<sup>33</sup> Hjelmeng 2002 s. 326



konkurrenter ved brudd på konkurransereglene. Et grunnleggende spørsmål blir da om konkurransereglene i det hele tatt verner konkurrenters interesser og, i så fall, hvilke skader på konkurrenter som er beskyttet. Denne problemstillingen må løses i konkurranselovgivningen.

I utgangspunktet er det samfunnets interesser i at fellesskapets ressurser anvendes effektivt gjennom effektiv konkurranse som er vernet av konkurransereglene. Dette innebærer likevel ikke at et vern om konkurrenters interesser er utelukket. Det forutsettes i forarbeidene til gjeldende konkurranselov<sup>34</sup> at det gjelder et erstatningsansvar for tap som påføres tredjemenn ved brudd på lovens forbudsbestemmelser.<sup>35</sup> Dette videreført i konkurranselovutvalget i utredningen om ny konkurranselov<sup>36</sup> og fulgt opp av Arbeids- og administrasjonsdepartementet i departementets proposisjon.<sup>37</sup> Dette er også naturlig i forbindelse med harmoniseringen av EØS-reglene, ettersom det av Courage følger at EF-retten krever at medlemsstatene har regler om erstatningsansvar ved overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82 som tilsvarende EØS artikkel 53 og 54.

Det er derfor ikke uforenlig med et norsk konkurranserettslig rammeverk at det ytes erstatning til konkurrenter for skade lidt etter brudd på konkurranselovgivningens forbudsbestemmelser.

Vernet av konkurrenters interesser kan tenkes begrunnet med både et ønske om å verne konkurrenter i seg selv og ved at erstatningsansvaret som sanksjon kan bidra til å realisere konkurransereglenes formål om effektiv konkurranse. Begrunnelsen for vernet av konkurrenters interesser kan få betydning for hvilke skader som er beskyttet av konkurransereglene. Flere skader vil normalt være vernet dersom det er et formål i seg selv å beskytte konkurrenter. I den videre framstillingen vil jeg ta utgangspunkt i at det er effektiv konkurranse som er konkurransereglenes primære formål og at konkurrenters interesser er beskyttet lenge skaden på konkurrenter reflekterer skade som er beskyttet

---

<sup>34</sup> Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 11. juni 1993 nr. 65

<sup>35</sup> Ot.prp. nr. 41 (1992-93) side 82

<sup>36</sup> NOU 2003:12 side 212

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004)

av konkurransereglens formål om effektiv konkurranse. Denne forutsetningen vil trolig reflektere oppfatningen av de norske konkurransereglene. Jeg vil i likhet med Hjelmeng<sup>38</sup> kalle skade som er beskyttet av konkurransereglens formål for relevant skade. Jeg tar imidlertid forbehold om at jeg kan tolke hvilke skader som er omfattet av relevant skade annerledes enn Hjelmeng, særlig fordi jeg vurderer relevant skade i forhold til de norske konkurransereglens formål, mens Hjelmeng har et utgangspunkt i EØS-konkurransereglene.

Begrunnelsen for vernet av konkurrenters interesser vil også få betydning for bruken av erstatningsansvaret som virkemiddel. F.eks. vil et formål om å verne konkurrenters interesser i seg selv legge hindringer for å gjennom tolkning gjøre innskrenkninger i konkurrenters erstatningsrett der erstatningsretten er en lite effektiv sanksjonsmekanisme.

### 3.4 Relevant skade

#### 3.4.1 Problemstillingen relevant skade

Ut fra en ren årsakssammenheng, vil det være mulig å konstruere en rekke skader som konkurrenter kan lide følge av et brudd på konkurransereglene. Det er likevel ikke slik at alle disse skadene er skade som konkurransereglene etter sitt formål om effektiv konkurranse søker å motvirke.

Amerikansk rett er egnet til å illustrere denne problemstillingen. I amerikansk rett avgrenses den relevante skade etter brudd på de amerikanske antitrustreglene ved at det oppstilles et vilkår om at skaden må være "antitrust injury". Doktrinen er utviklet av amerikansk høyesterett og kan føres tilbake til *Brunswick Corp v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc*<sup>39</sup> (Brunswick). Saken dreide seg om noen bowlinghaller som var blitt kjøpt opp. En konkurrent gikk til erstatningssøksmål mot oppkjøperen. Konkurrenten mente oppkjøpet var ulovlig etter konkurransereglene. Skaden på den skadelidte konkurrenten var imidlertid en følge at de oppkjøpte bowlinghallene ble mer effektivt og konkurrerte hardere. Skadelidte fikk ikke medhold i amerikansk høyesterett. Grunnen til dette var at skaden ikke var en antitrust injury. Med bakgrunn i uttalelsene i Brunswick beskriver

---

<sup>38</sup> Hjelmeng 2002 s. 326

Hovenkamp denne doktrinen ved *"Under the "antitrust injury" doctrine [...], the plaintiff may recover damages only for anticompetitive injuries – that is, injury which "flows from that which makes defendants acts unlawful" "*<sup>40</sup>. Erstatningsansvar foreligger derfor bare for skade som er et resultat av det som gjør handlingen urettmessig. Bruk av amerikansk praksis har blitt kritisert fordi de amerikanske konkurransereglene kan ha et annet formål enn de norske eller de EØS-rettslige konkurransereglene.<sup>41</sup> Jeg vil ikke ta stilling til hvorvidt amerikanske antitrustregler har et avvikende formål fra gjeldende norske konkurranseregler eller de EØS-rettslige konkurransereglene. Dette er ikke nødvendig. Det som er viktig for er prinsippet doktrinen antitrust injury gir uttrykk for, nemlig at en skade som i og for seg står i årsakssammenheng med bruddet på normen ikke behøver å være en skade som er vernet av konkurransereglens effektivitetsformål. Tvert om kan en konkurrents privatøkonomiske skade reflektere en samfunnsøkonomisk gevinst som etter konkurransereglens formål om effektiv konkurranse er ønskelig. Hjelmeng formulerer tilsvarende problemstilling som at "tapet som kreves erstattet må utgjøre den hele eller delvise begrunnelsen for at handlingen i første omgang trekkes under forbudet"<sup>42</sup>. Wahl på sin side benytter en formulering som "skadan speglar skälet til varför konkurrensbegrensningen är förbjuden"<sup>43</sup>

Kravet til relevant skade plasseres rettsystematisk under kravet til at skaden må være en ved normen beskyttet interesse, som blir en skade som er beskyttet av konkurransereglens formål. Det er imidlertid ikke opplagt hele avgrensningen av relevant skade blir et spørsmål om beskyttede interesser. Nå det gjelder utstrekningen av den relevante skaden kan det være naturlig å betrakte dette under kravet til adekvans. Jeg viser til Hjelmeng<sup>44</sup> for en nærmere drøftelse av denne problemstillingen.

---

<sup>39</sup> Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477 (1977)

<sup>40</sup> Hovenkamp 1999 s. 666

<sup>41</sup> Hjelmeng 2002 s. 328 for en redegjørelse av kritikken, Jones 1999 s. 193

<sup>42</sup> Hjelmeng 2002 s. 326

<sup>43</sup> Wahl 1999 s. 295

<sup>44</sup> Hjelmeng 2002 s. 333

### 3.4.2 Retningslinjer for hva som er relevant skade

Et spørsmål blir om det kan konstrueres generelle retningslinjer for når det foreligger en relevant skade. I Brunswick uttalte Supreme Court at *“The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation”*. Hovenkamp angir at *“If one principle can be said to underlie the “antitrust injury” doctrine developed in Brunswick is that a plaintiff should be able to recover damages only if its own private injury and injury to the public coincide in some way”*.<sup>45</sup> Erstatning er dermed bare berettiget dersom privat skade på en eller annen måte gjenspeiler skaden påført samfunnet. Denne retningslinjen lar seg passe inn i et konkurranserettsregime med et hovedformål om effektiv ressursbruk. Dette innebærer i praksis at man må se på skaden en konkurrent krever erstatning for, og gjøre en vurdering av om dette er en skade som gjenspeiler den skaden som påføres samfunnet i form av ineffektivitet som følger av den ulovlige konkurransebegrensningen. Dette kan illustreres ved et eksempel. En kan f.eks. anta at en ulovlig ekskluderende konkurransebegrensning påfører en like effektiv eller mer effektiv konkurrent skade ved at konkurrenten stenges ute fra markedet. Konkurransebegrensningen innebærer at produksjonen begrenses og samfunnet påføres et effektivitetstap i form av for lav produksjon uten at dette motsvares av effektivitetsgevinster. Samfunnet lider da en effektivitetstap som følge av redusert produksjon, samtidig som konkurrenten får redusert sin produksjon. I dette tilfellet vil skaden på konkurrenten gjenspeile skaden på samfunnet.

Når det gjelder et erstatningsansvar overfor konkurrenter må en for det første være oppmerksom på å avgrense relevant skade mot de skader påføres en konkurrent som følger av at konkurransen styrkes. Dette er en problemstilling som er særlig aktuell innenfor konkurranserettssystemer som opererer med ”per se” forbud som kan omfatte samarbeid som faktisk forsterker konkurransen. Problemstillingene blir derfor noe mindre praktisk i forhold til forslaget til ny konkurranselov som med de lovbestemte unntakene ikke opererer med denne rene formen for ”per se” forbud. Det er likevel ikke utenkelig at en handling i sin helhet er ineffektiv og forbudt, men at handlingen omfatter elementer av konkurranseforsterkninger. Jeg antar at skader som følger av disse konkurranseforsterkningene i utgangspunktet ikke vil omfattes av relevant skade.

---

<sup>45</sup> Hovenkamp 1999 s. 667

Videre må en ved et erstatningsansvar overfor konkurrenter være oppmerksom på at mange konkurransebegrensende handlinger er effektive. Dette vil kunne gi problemstillinger i forhold til relevant skade der forbudene skulle omfatte effektive konkurransebegrensninger. Det er ikke gitt at skader påført konkurrenter ved forbudte effektive konkurransebegrensninger automatisk skal utelukkes som relevant skade. Dersom en har en optimalt utformet sanksjonsmekanisme kan det tenkes at et erstatningsansvar i disse tilfellene nettopp kan være en egnet mekanisme til å skille ut de konkurransebegrensningene som er effektive. Dette vil jeg vurdere nærmere nedenfor. Jeg vil imidlertid foregripe resultatene fra vurderingene nedenfor ved å si at jeg stiller meg tvilende til at et slikt sanksjonssystem er særlig praktisk, og er dermed skeptisk til at skade som følger av en forbudt effektiv konkurransebegrensning skal være relevant skade.

Selv om man er i ”normalsituasjonen” der det foreligger en ineffektiv overtredelse, må det for hver enkelt skade gjøres en konkret vurdering av om de ulike skadene er relevant skade.

Ofte vil det være flere konkurrenter som kan lide tap etter en skadevoldende konkurrents overtredelse. Hva som er relevant skade kan slå forskjellig ut for forskjellige konkurrenter. Eksempelvis kan det tenkes at en ekskluderende handling som rammer flere konkurrenter kan være effektivt i forhold til at mindre effektive konkurrenter ekskluderes, mens det er en ineffektiv konkurransebegrensning i forhold at andre mer effektive konkurrenter ekskluderes.

### 3.4.3 Relevant skade og tap som følger av begrenset konkurranse

En konkurrents fortjenestetap av å bli ekskludert vil ofte være avhengig av konkurransesituasjonen i utgangspunktet. Jo mer konkurransen er begrenset av andre grunner i utgangspunktet, jo mer vil en konkurrent kunne tape på å bli ekskludert, jf. analysen ovenfor. Det kan til og med tenkes konkurransen opprinnelig var preget av at det forelå en ulovlig eksploativ konkurransebegrensning i markedet, f.eks. at markedet var regulert av et ulovlig prissamarbeid. En problemstilling blir da hvorvidt fortjenestetap som følger av at konkurransen var begrenset eller ulovlig begrenset i utgangspunktet er tap som følger av relevant skade og hvordan dette skal tas hensyn til i

utmålingen. Hjelmeng angir at ”[u]tgangspunktet etter konkurransereglene må imidlertid være at vanskelig vil kunne kreves erstatning for tap som gjenspeiler en tilstand i strid med konkurransereglens formål.[.....]. Klart nok vil den del av et tap som bygger på tilstander i strid med konkurransereglens målsetninger ikke kunne være erstatningsberettiget”<sup>46</sup>.

Jeg deler i utgangspunktet denne oppfatningen. Det bør likevel nevnes i denne sammenheng at det at konkurransen er begrenset eller eventuelt ulovlig begrenset i utgangspunktet ikke er uforenelig med at den skadelidtes konkurrents skade gjenspeiler det effektivitetstapet som følger av konkurransebegrensningen. Grunnen til dette er at konkurransebegrensningen kan innebære at man går fra en situasjon der det foreligger et effektivitetstap til en situasjon der effektivitetstapet er enda større. Det er derfor ikke noen nødvendig motstrid mellom samfunnets interesser og skadelidte konkurrenters interesser i disse tilfellene, jf. analyseeksemplene ovenfor. Jeg vil derfor anta tap som følger av at konkurransen er begrenset i utgangspunktet i alle fall delvis kan tas hensyn til i en utmåling så lenge skaden ellers er relevant.

Det må imidlertid trekkes en grense mot skader som skyldes gevinster skadelidte ville ha hatt dersom det forelå ulovlig konkurransebegrensning utgangspunktet. Ofte vil produktene i disse tilfellene være overpriset slik at kundene er erstatningsberettiget. Dersom man vil unngå at visse tap ”dobbelterstattes” bør ikke en konkurrent være berettiget til erstatning for de gevinster en han ville ha hatt dersom det forelå en ulovlig konkurransebegrensning, selv om han ikke selv handlet i strid med konkurransereglene. Situasjonen blir satt mer på spissen dersom en tenker seg at en ekskludert konkurrent selv, dersom en tenker seg den ekskluderende handlingen tenkt bort, kunne oppnådd en høyere profitt ved å selv opptre konkurransebegrensende eventuelt på en måte som innebar en overtredelse av konkurransereglene.<sup>47</sup> Dette er ikke tapsposter som følger av relevant skade.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Hjelmeng 2002 s. 331

<sup>47</sup> Hovenkamp 1999 s. 675

<sup>48</sup> Hovenkamp 1999 s. 601 flg.

### 3.5 Erstatningsutmåling

Når man har fastslått at det foreligger et ansvar grunnlag og vilkårene for erstatning for øvrig foreligger, blir problemstillingen hvordan erstatningen skal utmåles. Hvordan erstatningen utmåles vil være av stor betydning som ramme for vurderingen av et erstatningsansvar overfor konkurrenter fordi dette både vil være av betydning for skadelidtes økonomiske insentiver til å kreve erstatning og for den avskrekkningseffekten erstatningsansvaret har på skadevolder.

Utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at skadelidtes skade blir reparert ved skadelidte blir stilt i samme økonomiske situasjon som om den skadevoldende handlingen ikke hadde funnet sted.<sup>49</sup> Skadelidte blir dermed kompensert for lidt økonomisk tap. Dette prinsippet er regulert i skadeserstatningsloven (skl.)<sup>50</sup> § 4-1 som angir at ”erstatning for tingsskade og annen formuesskade skal dekke den skadelidtes økonomiske tap”. Videre er det et utgangspunkt at skadelidte ikke skal få dekket mer enn økonomisk tap. Skadelidte skal ikke komme bedre ut enn om skaden ikke var skjedd.<sup>51</sup> Skadelidte ikke skal dermed i utgangspunktet ikke ha noen tilfeldig fordel av å bli utsatt for skaden.

Nedenfor skal jeg vurdere erstatningsansvarets virkning som sanksjon og effektivitet som sanksjon. Fra en sanksjonsvinkel kan det imidlertid tenkes at erstatning basert på andre prinsipper for utmåling enn kompensasjon for økonomisk tap gjorde prevensjonsvirkningen av erstatningsansvaret mer effektiv. Dette er delvis begrunnelsen for ”treble damages” regelen i amerikansk konkurranserett.<sup>52</sup> En kunne også tenke seg at det fra sanksjonsvinkel var bedre å basere erstatningsutmålingen på konkurrenters vinning. Disse spørsmålene vil jeg delvis berøre i vurderingene nedenfor. En slik bruk av erstatningsansvaret vil måtte reguleres særskilt ettersom dette innebærer et betydelig avvik fra utgangspunktet om kompensasjon for økonomisk tap. Erstatningsretten skal imidlertid ivareta både hensynet til reparasjon og prevensjon.<sup>53</sup> Det må derfor til en viss

---

<sup>49</sup> Lødrup 1999 s. 85

<sup>50</sup> Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26

<sup>51</sup> Lødrup 1999 s. 397

<sup>52</sup> Clayton Act Sect. 4, Hovenkamp 1999 s. 654

<sup>53</sup> Lødrup 1999 s. 85

grad kunne gjøres tilpasninger i erstatningsansvaret for å ivareta preventive hensyn uten at det er behov for en særskilt regulering. Rettsteknisk innebærer dette at prevensjonshensynet er relevant og har vekt ved tolkningen av erstatningsregelen. Vekten av prevensjonshensynet kan forsterkes dersom dette støttes av andre rettskildefaktorer, f.eks. i konkurranselovgivningens forarbeider.

Jeg vil legge det rettslige utgangspunktet om erstatning om kompensasjon for økonomisk tap til grunn som et utgangspunkt for mine vurderinger. Dette innebærer at jeg vil ta utgangspunkt i at den skadelidte konkurrenten får dekket sitt økonomiske tap som følge av relevant skade og ikke mer.

Skadene konkurrenter lider etter brudd på konkurransereglene vil normalt gjøre seg gjeldende som et økonomisk tap ved at konkurrentens fortjeneste reduseres. Overfor skadelidte konkurrenter innebærer dermed erstatning av økonomisk tap at tapt fortjeneste erstattes<sup>54</sup> med de mulige justeringer det innebærer at konkurransen var formålstridig eller ulovlig begrenset i utgangspunktet, jf. ovenfor.

### 3.6 Prosessuelle rammer

Prosessreglene vil også sette rammer for konkurrenters erstatningsrett og vil være av betydning når erstatningens virkning og effektivitet skal vurderes.

#### 3.6.1 Søksmålsadgang

For å kunne håndheve erstatningsansvaret må konkurrenter ha søksmålsadgang. I norsk rett er de generelle reglene for søksmålsadgangen i tvistemålsloven<sup>55</sup> (tvml.). Et krav i tvml. § 54 er at saksøker må ha en ”rettslig interesse”. Det er i utgangspunktet vanskelig å tenke seg at kravet til ”rettslig interesse” skal innebære vesentlige hindringer for en konkurrent som pretenderer å ha et erstatningskrav.<sup>56</sup>

Søksmålsadgangen i seg selv vil derfor være av begrenset betydning for vurderingen av erstatningsansvarets virkning og effektivitet.

---

<sup>54</sup> Hjelmeng 2002 s. 381

<sup>55</sup> Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6

<sup>56</sup> Hjelmeng 2002 s. 324



De lege ferenda er det imidlertid ikke helt utenkelig at søksmåladgangen i prinsippet kan benyttes som et virkemiddel for å påvirke erstatningsansvarets virkning og effektivitet. I amerikansk rett brukes kravet til ”standing” som et slikt virkemiddel. I forhold til et erstatningsansvar overfor konkurrenter er det særlig interessant at det amerikansk rettspraksis har utviklet seg en slags doktrine for bruk av ”standing” til å avskjære søksmåladgangen til såkalte ”second best plaintiffs”.<sup>57</sup> Dette innebærer at konkurrenter har blitt nektet søksmåladgang der kunder har blitt ansett som mer effektive saksøkere.

Dersom en slik begrensning i søksmåladgangen er ønskelig må det i så fall spesialreguleres. Jeg ser det imidlertid som lite realistisk at det blir aktuelt med en slik spesialregulering av søksmåladgangen for å forfølge effektivitetshensyn. Det virker lite praktisk og rettslig gjennomførbart om domstolene i hvert enkelt tilfelle skal ta stilling til om det finnes mer effektive håndhevere enn konkurrenter og avvise saken dersom dette skulle være tilfellet. Hvis en av effektivitetshensyn ønsker å fjerne konkurrenter som håndhevere er det derfor trolig mer hensiktsmessig å gjøre dette gjennom de materielle konkurransereglene ved å innskrenke beskyttelsen av konkurrenters interesser.

### 3.6.2 Prosessgjennomføring

Når et skadelidt konkurrent først har fått søksmåladgang, er det materielle reglene som setter de rettslige rammene for konkurrenters erstatningsrett. Prosessreglene vil likevel de facto sette rammer for konkurrentenes mulighet til å håndheve sin rett. I litteraturen framheves ofte kravet til bevis og tilgang til bevismateriale være av betydning og behovet for særskilt i denne sammenheng.<sup>58</sup> Av hensyn til oppgavens omfang kan jeg ikke gå nærmere inn på disse spørsmålene her, men komme inn på de prosessuelle reglenes betydning der det faller seg naturlig.

---

<sup>57</sup> Hovenkamp 1999 s. 614

<sup>58</sup> Hjelmeng 2002 kap. 16, Hovenkamp 1999 s. 656

## **4 Formålstjenlighet og effektivitet**

### **4.1 Problemstillinger**

I dette kapittelet er det oppgavens hovedproblemstillinger som står i fokus. Spørsmålene blir om erstatningsansvaret innenfor de rammene jeg har redegjort ovenfor som sanksjon kan bidra til å realisere konkurransereglens formål om effektiv konkurranse og om dette er en effektiv måte å realisere dette formålet på. Ettersom det overordnede formålet med konkurransereglene er effektiv ressursbruk dreier begge disse problemstillingene seg om hvorvidt et erstatningsansvar overfor konkurrenter bidrar til å realisere konkurransereglens overordnede formål om effektiv ressursbruk.

Jeg vil først se på spørsmålet om erstatningen i seg selv er av betydning for realiseringen av konkurransereglens formål om effektiv konkurranse.

Jeg vil deretter se på prevensjonsvirkningen. Analysen av prevensjonsvirkningen har to formål. For det første tjener analysen som en selvstendig analyse av om erstatningsansvaret bidrar til økt etterlevelse av konkurransereglene og derigjennom bidrar til å realisere konkurransereglens formål om effektiv konkurranse. For det andre tjener analysen av prevensjonsvirkningen som et fundament for den videre analysen av om et erstatningsansvar overfor konkurrenter er en effektiv sanksjon.

### **4.2 Betydningen av erstatningen i seg selv**

#### **4.2.1 Problemstillinger**

En problemstilling blir om et erstatningsansvar overfor konkurrenter i seg selv kan bidra til å reparere effektiv konkurranse og dermed begrense skadevirkningen av en overtredelse. Hvis dette er tilfelle, blir det neste spørsmålet om dette er en effektiv måte å begrense denne skadevirkningen på. Jeg vil behandle disse problemstillingene samlet. Jeg bemerker for ordens skyld dette ikke er en drøftelse av ivaretagelsen av erstatningsansvarets kompensasjonsfunksjon i forhold til skadelidte konkurrenter. Det er et spørsmål som faller utenfor oppgavens problemstillinger. Det jeg drøfter er om

erstatningsansvaret ved å reparere en skadelidt konkurrents tap også bidrar til å reparere effektiv konkurranse.

#### 4.2.2 Reparasjon av effektiv konkurranse

Det at en konkurrent mottar et pengebeløp kan i seg selv ikke reparere dødvektstapet som har oppstått ved begrenset konkurranse eller effektivitetstapet ved at mer effektive konkurrenter har blitt stengt ute fra et marked. På denne bakgrunn det i teorien blitt argumentert med at reparasjon til en konkurrent i seg selv ikke bidrar til å realisere effektiv konkurranse.<sup>59</sup> Unntak kan tenkes for eksempel i saker predasjonsprising eller annen atferd der en konkurrent blir ekskludert fra markedet. En erstatningsutbetaling kan i disse tilfellene medføre at ellers ekskludert konkurrent kan bli i markedet slik at konkurransen opprettholdes.<sup>60</sup> Konkurransen blir dermed reparert for tiden framover.

Det siste resonnementet kan imidlertid kritiseres. Skadelidte vil kunne benytte erstatningsutbetalingen til det han måtte ønske. Konkurrenten vil normalt bare velge å bli i markedet dersom dette er lønnsomt uavhengig av erstatningsutbetalingen. I et effektivitetsperspektiv kan det derfor argumenteres for at en sanksjon der skadevolder påbys å gjennomføre tiltak for å reparere konkurransesituasjonen (naturalreparasjon) vil kunne virke mer effektivt.

I et økonomisk-teoretisk perspektiv kan det imidlertid også argumenteres for at en forventning om erstatning i framtiden kan bidra til å reparere skaden ved en ulovlig konkurransebegrensende handling allerede mens den utføres. Erstatningsansvaret vil da virke bakover i tid. Dette vil særlig være aktuelt der konkurrenter som følge av konkurransen seg imellom blir tvunget til å velte en forventet erstatning over i markedet. Spesielt vil dette argumentet kunne brukes der erstatningen er proporsjonal med skadelidtes kvantum. Et eksempel som kan illustrere dette er der en vertikalt integrert konkurrent i medhold av en konkurranserettslig leveringsplikt er forpliktet til å levere tilgang til en fasilitet for konkurrenter til regulerte priser eller vilkår. En kan tenke seg at konkurransen mellom de som mottar regulert tilgang er sterk. Dersom skadelidte konkurrenter oppfatning er at den skadevoldende konkurrenten bryter sine

---

<sup>59</sup> Se f.eks. Hjelmeng 2002 s. 431

<sup>60</sup> Hjelmeng 2002 s. 432

prisforpliktelser og derfor vil motta erstatning, vil disse i sin tilpasning legge til grunn den forventede kostnad pr. enhet erstatningen tatt i betraktning. Dersom den forventede kostnad pr. enhet reduseres som følge av en forventet erstatning vil konkurransen medføre at denne reflekteres i markedsprisene. Mer generelt kan en si at dersom en skadelidt konkurrent har en økt kostnad som følge av en ulovlig konkurransebegrensning, vil en skadelidt konkurrent som forventer å få tilbakebetalt de økte kostnadene i form av en erstatning, helt eller delvis opptre som om kostnaden ikke var der.

Videre, ved å øke egne kostnader, vil konkurrenter i noen tilfeller kunne reparere den potensielle skaden som følger av overtredelsen. Hvorvidt dette er samfunnsøkonomisk ønskelig vil være avhengig av om de økte kostnadene er en reell samfunnsøkonomisk kostnad eller hovedsakelig dreier seg om en formuesoverføring. Dette vil blant annet være avhengig av hvor stort omfang av irreversible investeringer som må gjennomføres for å overvinne konkurransebegrensningen. Dersom det for eksempel dreier seg om en konkurrent som i strid med konkurransereglene nektes tilgang til en annens infrastruktur, vil det innebære en reell samfunnsøkonomisk kostnad dersom den skadelidte konkurrenten dupliserer infrastrukturen ved å bygge opp sin egen. Dersom den skadevoldende konkurrenten forsøker å hindre tilgangen ved å ta for høye tilgangspriser vil den økte kostnaden for den skadelidte konkurrenten ikke representere noen samfunnsøkonomisk kostnad.

Den skadelidte konkurrent vil minimere sitt privatøkonomiske tap, og kan derfor ikke uten videre forvente seg å tilpasse seg konkurrenters atferd på den måten som er samfunnsøkonomisk ønskelig. Gjennom utformingen av erstatningsansvaret kan en imidlertid til en viss grad styre den skadelidtes tilpasning til en skadevoldende handling. Eksempelvis vil tapsbegrensningsplikten motivere skadelidte til å tilpasse seg den skadevoldende handlingen på en slik måte som begrenser hans privatøkonomiske tap. Tilsvarende kunne en tenke seg at en skadelidt konkurrent etter overtredelse av konkurransereglene som vilkår for erstatning hadde en plikt til å tilpasse seg den skadevoldende handlingen på en måte som i minst mulig grad skadet effektiv konkurranse. Det er neppe støtte i gjeldende rett for en slik plikt, slik at denneplikten kan legges til grunn for vurderingen. Dette blir et spørsmål om behov for særskilt regulering. Selv om det ikke foreligger noen slik plikt kan en imidlertid motivere

skadelidte til å tilpasse seg den skadevoldende handlingen på den måten som i minst mulig grad skader effektiv konkurranse ved at den skadelidte konkurrenten ikke trenger å forholde seg til den alminnelige tapsbegrensningsplikten. Dette vil kunne være aktuelt der det ikke er samsvar mellom den reaksjonen som begrenser privatøkonomisk tap og den reaksjonen som i minst mulig grad skader effektiv konkurranse. En slik innskrenkning i den alminnelige tapsbegrensningsplikten er trolig mulig innenfor dagens rettslige rammeverk. Den alminnelige tapsbegrensningsplikten kan begrunnes ved at en skadelidt ved å begrense sitt privatøkonomiske tap også begrenser de totale kostnadene ved den skadevoldende handlingen fordi det normalt ikke er andre skadelidte. Ved en konkurrents overtredelse av konkurransereglene vil imidlertid samfunnet påføres en skade utover den skadelidte konkurrentens skade. En skadelidt konkurrent bør derfor ikke lastes for å begrense de totale skadene av en skadevoldende handling selv om dette isolert sett ikke begrenser hans privatøkonomiske tap.

#### 4.2.3 Konklusjon

Konklusjonen blir at en erstatningsutbetaling til konkurrenter i seg selv til en viss grad kan bidra til å realisere konkurransereglenes formål om effektiv konkurranse. Konkurrenter står i denne sammenheng i en særstilling ved å at disse i noen tilfeller kan reagere på en ulovlig konkurransebegrensning på en måte som reparerer skadevirkningene. Et erstatningsrett kan bidra til en slik reaksjon. På et mer generelt nivå kan imidlertid en erstatningsutbetaling til skadelidte konkurrenter i seg selv neppe betraktes som et effektivt virkemiddel for reparere skadevirkningene på den effektive konkurransen ved en overtredelse.

### 4.3 Prevensjonsvirkningen

#### 4.3.1 Problemstillinger ved vurderingen av prevensjonsvirkningen

Prevensjonsvirkningen av et erstatningsansvar har en skadelidtside og en skadevolderside. På skadelidtsiden oppstår spørsmålet om erstatningsretten faktisk motiverer skadelidte til å gå til erstatningssøksmål, dvs. om det foreligger et søksmålsinsentiv. Et søksmålsinsentiv er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for at erstatningsansvaret skal virke preventivt. Skadelidtes søksmålsinsentiv må nemlig ha som avskrekkende virkning at skadevolder avstår fra å gjennomføre uønskede overtredelser for at prevensjonsvirkningen skal inntre.

Jeg vil belyse disse to sidene med utgangspunkt i økonomisk teori. I økonomiske analyser er det vanlig å ta utgangspunkt i at en potensiell overtreder gjør marginale overveielser og finner en optimal mengde overtredelser. Jeg vil imidlertid ta utgangspunkt i en enkelt overtredelse og anta at denne kan vurderes isolert fra andre overtredelser.

#### 4.3.2 Skadelidtes søksmålsinsentiver

Det er flere forhold som påvirker skadelidtes insentiver til å gå til erstatningssøksmål. En rasjonell risikonøytral skadelidt vil ha et insentiv til å gå til erstatningssøksmål hvis den forventede fortjenesten ved et slikt søksmål er positiv. Fortjenesten har en inntektsside og en kostnadsside, som ikke behøver å være uavhengige.

##### *Inntektsiden av søksmålsinsentivet*

På inntektssiden vil det være den forventede erstatningsutbetalingen som normalt vil være hovedelementet i skadelidtes søksmålsinsentiv. Ved et kompensasjonsbasert erstatningsansvar vil dette være det økonomiske tapet konkurrenten lider som følge av relevant skade. Andre elementer kan imidlertid ha betydning på inntektssiden. Dersom erstatningssøksmålet gjelder en skadevoldende handling som pågår, vil en dom i skadelidtes favør normalt medføre at den skadevoldende handlingen opphører enten fordi dette er gjort til et egen påstand i saken eller fordi fastslåingen av erstatningsansvaret overtredelsen gjør handlingen ulønnsom. Dette vil forsterke søksmålsinsentivene.

##### *Konkurrenters tap som insentivskaper*

Et kompensasjonsbasert erstatningsansvar innebærer at det er skadelidtes privatøkonomiske tap for relevant skade som erstattes. Det er dermed den det privatøkonomiske tapet som er grunnlaget for en skadelidt konkurrents søksmålsinsentiver. Av analysen ovenfor framgår det at en skadelidt konkurrents privatøkonomiske ikke nødvendigvis er proporsjonalt med den samfunnsøkonomiske skaden i form av de effektivitetstap en overtredelse innebærer. Spørsmålet blir hvordan dette slår ut i søksmålsinsentivene.

For det første vil et manglende samsvar mellom søksmålsinsentiver og samfunnsøkonomisk skade gjøre seg gjeldende ved overtredelser av konkurranseregler der konkurrenter ikke lider noen relevant skade slik at det ikke er grunnlag for erstatning. Dette vil typisk gjelde eksplorative konkurransebegrensninger, ettersom konkurrenter normalt vil tjene på slike, jf. ovenfor. For overtredelser av konkurranseregler rettet mot eksplorative konkurransebegrensninger, f.eks. prissamarbeid og markedsdeling vil det dermed normalt ikke foreligge noe søksmålsinsentiv fra konkurrenter.

Videre vil et manglende samsvar mellom søksmålsinsentiv og samfunnsøkonomisk skade kunne gjøre seg gjeldende der konkurrenter påføres skade ved effektive overtredelser av konkurransereglene. Avhengig av i hvilken grad slik skade godtas som relevant skade vil konkurrenter ha et søksmålsinsentiv rettet mot slike overtredelser. Situasjonen kan være praktisk der en overtredelse av et forbud er konkurransebegrensende ved at en konkurrent ekskluderes, men der effektivitetsgevinster gjør overtredelsen effektiv. Dersom konkurransereglene verner konkurrenter for slike skader vil det foreligge et søksmålsinsentiv der det ikke foreligger noen samfunnsøkonomisk skade.

Selv om man befinner seg i situasjonen der det foreligger en ineffektiv overtredelse hvor en konkurrent lider relevant skade behøver det ikke være noe samsvar mellom søksmålsinsentiv og samfunnsøkonomisk skade. For det første kan den skadelidte konkurrentens økonomiske tap som følge av en overtredelse være beskjedent selv om den samfunnsøkonomiske skaden som følger av en overtredelsen er stor. Dette vil typisk kunne være tilfelle der aktuelle konkurransen har vært intensiv i utgangspunktet, slik at fortjenesten til den skadelidte konkurrenten var lav i utgangspunktet. Søksmålsinsentivet til den skadelidte konkurrenten vil da være beskjedent selv om det er et stort behov for prevensjon.

Omvendt kan en tenke seg at en konkurrents privatøkonomiske tap er stort selv om den samfunnsøkonomiske skaden er beskjeden. Dette vil eksempelvis kunne gjøre seg gjeldende ved ekskludering av en mindre effektiv konkurrent, jf. analysen ovenfor. Kravet til relevant skade og de begrensninger som følger av kravet til adekvans vil imidlertid forhindre at dette gir helt uakseptable følger. Kravet til relevant skade vil

sikre en viss sammenheng mellom effektivitetstapet og den privatøkonomiske skaden på konkurrenter. I enkelte tilfeller kan sammenhengen mellom skaden på konkurrenter og effektivitetstapet være særlig fremtredende. F.eks. vil en konkurrents tap av å bli ekskludert og effektivitetstapet i utgangspunktet være større jo mer effektiv den ekskluderte konkurrenten er.

#### *Betydningen av usikkerhet om rettstilstanden*

Det er skadevolderens forventning om erstatningsbeløpet som er grunnlaget for søksmålsinsentivene. Usikkerhet vil derfor påvirke søksmålsinsentivene. For skadelidte vil det være en usikkerhet om han får medhold i sitt krav. Dette kan skyldes usikkerhet om den materielle konkurranserettslige normen, usikkerhet om skaden er en relevant skade og usikkerhet om retten for øvrig finner at vilkårene for å idømme erstatning er tilstede. Søksmålsinsentivene vil derfor trolig være større ved utvilsomme overtredelser der det foreligger praksis for et erstatningsansvar overfor konkurrenter enn ved nye typer overtredelser av konkurransereglene der det ikke foreligger noen praksis. En kan derfor forvente seg at søksmålsinsentivene vil være størst for de mer sikre overtredelsene av konkurransereglene. Begrensningen av erstatningsutmålingen til økonomisk tap vil begrense insentivene til å ta en sjanse for å oppnå en gevinst, i motsetning til i USA som tillater erstatning for "treble damages". Dette innebærer at skadelidte konkurrenters søksmålsinsentiver vil være begrenset som et instrument til avdekke nye typer av overtredelser som ikke tidligere har vært gjenstand for en rettslig prøving. Dette vil imidlertid også kunne redusere faren for overprevensjon, se nedenfor.

Skadelidte kan delvis redusere usikkerheten ved å gjennomføre kostnader både preprosessuelt og i selve prosessen. Dette leder naturlig over til kostnadssiden av søksmålsinsentivene.

#### *Kostnadssiden av søksmålsinsentivene*

Kostnadssiden består av alle de kostnadene skadelidte må gjennomføre for å fremme sin påståtte rett. Jo høyere disse kostnadene er jo mindre vil, alt annet likt, søksmålsinsentivene være. Kostnadene består for det første av preprosessuelle kostnader. Dette er kostnader forbundet med å oppdage at det foreligger en potensielt ulovlig konkurransebegrensning. Ofte vil konkurrenters kostnader ved oppdagelsen av være lave for de overtredelsene hvor konkurrenter blir utsatt for relevant skade.



Grunnen til dette er at en konkurrent gjennom markedet normalt vil merke dersom en skadevoldende konkurrent f.eks. har inngått en ulovlig eksklusivavtale, iverksetter en ulovlig koblingshandel, eller setter prisene svært lavt i form av ulovlig predasjonsprising. Konkurrenters oppfordring til å oppdage slike konkurransebegrensninger tidlig omtales undertiden som "early warning"<sup>61</sup> nettopp fordi konkurrenter ofte vil være de første som oppdager overtredelser rettet mot ekskluderende konkurransebegrensninger.

Dersom saken ender som en tvist oppstår prosesskostnadene. Kostnadene består blant annet av å bevise at vilkårene for erstatning foreligger og størrelsen på det økonomiske tapet. Prosessreglene vil ha betydning for hvor store disse kostnadene er. Jo større krav til bevis jo større vil disse kostnadene være og dermed dempe søksmålsinsentivene. I norsk rett ikke er gjort en særskilt regulering av kravet til bevis. Dette innebærer at den skadelidte konkurrent har bevisbyrden. Den skadelidte konkurrenten må sannsynliggjøre både at det foreligger et ansvarsgrunnlag, årsaksammenheng og det økonomiske tapet. Dette vil virke avdempende på søksmålsinsentivene i forhold til en ordning med mer lempelig krav til bevis som f.eks. i USA.<sup>62</sup> Dette vil imidlertid også redusere faren for overprevensjon, se nedenfor.

Også på kostnadssiden vil det være snakk om forventede kostnader. Størrelsen på kostnadene vil være avhengig av resultatet i prosessen. Et tap vil gi høyere kostnader enn en å få medhold, og forskjellen vil være avhengig av det prosessuelle reglene om erstatning av motpartens kostnader. De prosessuelle reglene om av erstatning av egne kostnader ved medhold vil kunne forsterke søksmålsinsentivene, men dette avdempes av at skadelidte, ved motsatt resultat må betale skadelidtes kostnader. Det er derfor ikke gitt at tvistemålslovens regler om erstatning av motpartens kostnader ved medhold bidrar til å forsterke den skadelidte konkurrentens søksmålsinsentiver, selv om han selv får dekket sine egne kostnader ved medhold.<sup>63</sup> I USA er utgangspunktet at hver part dekker sine egne saksomkostninger. I erstatningssaker ved brudd på konkurransereglene

---

<sup>61</sup> Hovenkamp 1999 s. 651

<sup>62</sup> Hovenkamp 1999 s. 656

<sup>63</sup> Klemperer 2000 s. 5

vil imidlertid saksøker ved medhold få erstattet sine egne saksomkostninger.<sup>64</sup> Det er dermed en asymmetrisk regulering av dekning av saksomkostninger. Dette vil nok forsterke søksmålsinsentivene sammenliknet med løsningen i norsk rett, men samtidig øke faren for overprevensjon, se nedenfor.

#### 4.3.3 Prevensjonsvirkningen på skadevolder

En rasjonell og risikonøytral potensiell skadevolder vil bryte en regel dersom den forventede fortjenesten ved å bryte regelen er positiv. Den forventede fortjeneste utgjør vinningen minus den forventede kostnadene forbundet med oppdagelse og sanksjon.

##### *Forhold mellom skadelidtes tap og skadevolders vinning*

For at det i det hele tatt skal foreligge en prevensjonsvirkning må kostnadene forbundet med oppdagelse og sanksjon være større enn vinningen. Dersom vinningen er større enn disse kostnadene vil det være lønnsomt å overtre regelen uavhengig av om det sanksjoneres eller ikke. Et kompensasjonsbasert erstatningsansvar er basert på skadelidtes økonomiske tap. Den skadelidte konkurrentens økonomiske tap vil i mange tilfeller være mindre enn den skadevoldende konkurrents vinning fordi en stor del av den skadevoldende konkurrents vinning vil omfatte formuesoverføringer fra den skadelidte konkurrenten sammen med formuesoverføringer fra kundene. Det er derfor i de tilfellene der en skadelidte konkurrents økonomiske tap består av vesentlig andre poster enn en formuesoverføringer til skadevolder at et kompensasjonsbasert erstatningsansvar vil kunne ha en selvstendig preventiv betydning uten å være supplert av andre sanksjoner. Dette vil typisk gjelde de tilfeller der en mer effektiv konkurrent ekskluderes eller der den skadevoldende konkurrenten benytter en eksklusjon til å begrense produksjonen i markedet. Dette vil typisk også beskrive de situasjonene der ekskludering av en konkurrent gir størst samfunnsøkonomisk skade. Dette er en interessant observasjon fordi det viser at dersom andre sanksjoner skulle svikte vil et erstatningsansvar overfor konkurrenter kunne ha selvstendig betydning der de samfunnsøkonomiske skadene av en ulovlig ekskludering av konkurrenter er størst.

Det er også viktig å bemerke at en konkurrents vinning av å overtre konkurransereglene ofte begrenses av at konkurrenten må bruke ressurser til å gjennomføre

---

<sup>64</sup> Clayton act sect. 4

konkurransebegrensningen (rent-seeking).<sup>65</sup> Den isolerte betydningen av en konkurrents erstatningsrett trenger derfor ikke være så liten som en i utgangspunktet skulle anta.

#### *Kostnadene forbundet med oppdagelse og sanksjon*

Det neste spørsmålet blir hvordan erstatningsansvaret overfor konkurrenter påvirker skadevolderens forventede kostnader ved oppdagelse og sanksjon etter en overtredelse. Jo større denne forventede størrelsen er, jo større vil prevensjonsvirkningen isolert sett være.

De forventede kostnadene ved å yte erstatning til en skadelidt konkurrent vil for det første bestå av den forventede erstatningsutbetalingen. Forventningen vil være sannsynligheten for erstatningsutbetalingen multiplisert med erstatningsutbetalingen. Sannsynligheten for erstatningsutbetalingen består av sannsynligheten for oppdagelse multiplisert med sannsynlighet en for erstatningsutbetalingen gitt oppdagelse. For de overtredelser hvor konkurrenter lider relevant skade og for øvrig har ett søksmålsinsentiv vil normalt sannsynligheten for oppdagelse være stor, jf. ovenfor. Isolert sett innebærer dette at sannsynligheten for at en overtredelse aldri blir oppdaget ikke begrenser erstatningsansvarets sanksjonsvirkning i like stor grad som sanksjoner ved overtredelser der det er liten sannsynlighet for å bli oppdaget, som f.eks. hemmelig prissamarbeid.

Sannsynligheten for erstatningsutbetalingen gitt oppdagelse er avhengig av den skadelidtes søksmålsinsentiver. Jo sterkere søksmålsinsentiver jo større vil prevensjonsvirkningen bli. Dette innebærer at prevensjonsvirkningen vil være sterkest for de overtredelsene der søksmålsinsentivene er størst. Der det ikke foreligger noen søksmålsinsentiver vil det heller ikke foreligge noen prevensjonsvirkning. Dette vil typisk gjelde eksploitative konkurransebegrensninger, jf. ovenfor.

Ettersom søksmålsinsentivene ikke nødvendigvis er proporsjonale den med samfunnsøkonomisk skaden av en overtredelse vil dette smitte over på prevensjonsvirkningen. Prevensjonsvirkningen er derfor ikke nødvendigvis størst for de

---

<sup>65</sup> Hovenkamp 1999 s. 650

overtredelsen skadene hvor det fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er størst behov for prevensjon. Dersom det tillates erstatning også for effektive overtredelser vil eksistensen av et søksmålsinsentiv kunne innebære at overtredelser som er ønskelige i et effektivitetsperspektiv avskrekkes.

Selve erstatningsbeløpet er imidlertid ikke den eneste kostnaden forbundet med å måtte yte erstatning. Også for skadevolder er det preprosessuelle kostnader og prosesskostnader forbundet med en erstatningssak. Det kan også være slik at et erstatningsansvar skader et selskaps "goodwill". Videre kan idømmelse av et erstatningsansvar overfor en konkurrent vil motivere andre konkurrenter til å kreve erstatning eller mer generelt motivere til andre sanksjoner. Det reelle tapet for skadevolder forbundet med et erstatningsansvar kan derfor være betydelig større enn selve erstatningsutbetalingen i den konkrete erstatningssaken. Dette vil øke prevensjonsvirkningen.

#### 4.3.4 Overprevensjon og strategisk søksmålsatferd

Ovenfor har jeg sett på prevensjonsvirkningen. Et annet spørsmål er om erstatningsretten kan ha kontrapreventive virkninger. Dette kan tenkes å oppstå på flere måter. For det første kan erstatningsansvaret medføre en overprevensjon, dvs. at erstatningsansvaret avskrekker handlinger som det ikke er ønskelig at avskrekkes. For det andre kan det tenkes at erstatningssaken i seg selv hindrer effektiv konkurranseatferd. For det tredje kan det tenkes at konkurrenter kan benytte erstatningsansvaret strategisk til å begrense konkurransen

##### *Overprevensjon*

Når det gjelder faren for overprevensjon er denne særlig nærliggende i forhold til et erstatningsansvar overfor konkurrenter. Konkurrenter vil kunne lide tap som følge av ønsket konkurranseatferd og konkurrenter vil kunne lide et tap uavhengig av en ekskluderende konkurransebegrensings effektivitetsegenskaper. Dette utgjør et potensial for overprevensjon.

For det første vil faren for overprevensjon oppstå som en følge av at et forbud feiltolkes eller at faktum feilsubsummeres. Der en ved en feil finner at en handling som er konkurransebegrensende, men som er effektiv, omfattes av et forbud, vil en erstatning

til konkurrenter kunne gjøre gjennomføringen av handlingen ulønnsom og dermed virke preventivt på gjennomføringen handlingen. I tillegg til den overpreventive virkningen dette har for den konkrete handlingen det dreier seg om vil en mer generell oppfatning av at det er en mulighet for at regelen feiltolkes virke overpreventivt for konkurrenter som ønsker å gjennomføre ønskede handlinger.

For det andre, når et forbud også omfatter effektive handlinger, kan problemet med overprevensjon oppstå ved en feilaktig avgrensning av hva som er relevant skade. Så lenge avgrensningen av relevant skade er riktig hindrer en i utgangspunktet søksmål om erstatning for skade etter ønsket konkurranseatferd. Dersom en godtar skade etter effektive overtredelser som relevant skade kan imidlertid erstatningsansvaret virke overpreventivt ved at det avskrekker overtredelser som det er ønskelig fra et effektivitetssynspunkt at gjennomføres. Dersom det er tilsiktet at et forbud også skal omfatte effektive handlinger, f.eks. for å beskytte forbrukerne, vil det at et erstatningsansvar avskrekker disse handlingene egentlig ikke være overprevensjon, jf. diskusjonen av de rettslige rammene ovenfor. Med bakgrunn i konkurransereglens overordnede formål om effektiv ressursbruk er det likevel naturlig å betrakte dette som overprevensjon.

Etter min oppfatning vil imidlertid faren for overprevensjon være betydelig mindre i norsk rett enn i amerikansk rett, der faren for overprevensjon ved et erstatningsansvar overfor konkurrenter i litteraturen ofte omtales som et relativt stort problem.<sup>66</sup> Dette skyldes at søksmålsinsentivene i norsk rett begrenses av at erstatningsutbetalingen isoleres til økonomisk tap. Sammenliknet med det amerikanske systemet vil dette begrense insentivene til pretenderte skadelidte konkurrenter til å ta en "sjanse" for å oppnå "treble damages". Videre vil faren for å måtte erstatte motpartens kostnader begrense søksmålsinsentivene i tvilsomme eller feil tilfeller. Tilsvarende vil skadelidtes bevisbyrde begrense søksmålsinsentivene, særlig der det er fare for overprevensjon fordi det i disse tilfellene presumptivt vil være vanskeligere å bevise at vilkårene for erstatning er tilstede.

#### *Betydningen av erstatningssaken i seg selv*

---

<sup>66</sup> Hovenkamp 1999 kap. 17

Erstatningssaken i seg selv kan hindre effektiv konkurranseadferd der en skadelidt konkurrent anvender knappe ressurser på en erstatningsprosess i stedet for å anvende ressursene til å konkurrere. Dette innebærer at selskapets ressurser brukes i erstatningsprosessen i framfor i konkurranseprosessen. En kan f.eks. tenke seg at selskapets ansatte benyttes til å utrede erstatningssøksmålet snare enn å utvikle konkurransedyktige og bedre produkter. På samme måte vil den påståtte skadevoldende konkurrenten måtte anvende ressurser til erstatningssaken og dermed kunne redusere dennes evne til å konkurrere. Jeg betrakter likevel ikke dette som et tungtveiende argument mot et erstatningsansvar. Alle rettslige prosesser, herunder erstatningssaker, en bedrift er involvert i vil kunne kreve ressurser og dermed kunne svekke bedriftens konkurranseevne. Et ”paradoks” om at regler som skal bidra til effektiv konkurranse reduserer bedriftenes konkurranseevne gjør det likevel naturlig at problemstillingen nevnes.

#### *Strategiske søksmålsinsentiver*

Svekket konkurranse som følge av et erstatningsansvar overfor konkurrenter ved brudd på konkurransereglene kan bli et utfall der erstatningsansvaret benyttes til å strategisk påføre konkurrenter ulemper.<sup>67</sup> Eksempelvis kan det tenkes at en konkurrent gjennom et erstatningssøksmål strategisk kan påføre en konkurrent kostnader som gjør konkurrenten i dårligere stand til å konkurrere. Dette kan være lønnsomt dersom egne søksmålskostnader er mindre enn konkurrentens, dvs. ved asymmetriske søksmålskostnader. En kan teoretisk sett tenke seg at slike handlinger var noe som i seg selv ble rammet av konkurransereglene og derfor selv var grunnlag for et erstatningssøksmål. Uansett vil konsekvensen kunne bli at erstatningsansvaret i seg selv kan legge til rette for atferd som konkurransereglene søker å motvirke. Innenfor begrensningene i det norske systemet betrakter likevel denne virkningen av et erstatningsansvar overfor konkurrenter som av mer teoretisk interesse.

#### 4.3.5 Andre aspekter ved prevensjonsvirkningen

I analysen ovenfor har jeg tatt utgangspunkt i økonomisk teori i mine antagelser om atferd. Økonomiske modeller fanger normalt ikke opp alle forhold.

---

<sup>67</sup> Spulber 1989 s. 596, Hjelmeng 2002 s. 465

Et moment som ofte brukes til fordel for privat håndheving er økt håndheving vil bidra spre mer kjennskap til reglene.<sup>68</sup> Dette vil fremme de preventive virkningene av et erstatningsansvar på flere måter. For det første er kjennskap til reglene en forutsetning for at sanksjoner mer generelt skal ha noen avskrekkende effekt både fordi det gjør potensielle overtredere mer oppmerksom på risikoen for sanksjoner og fordi det gjør potensielle håndhevere mer oppmerksom på sine rettigheter.

For det andre er det ikke utenkelig å anta at for mange beslutningstakere er det et mål i seg selv å følge lover og regler. I denne sammenheng vil bedre kjennskap til reglene mer direkte ha en preventiv effekt.

#### 4.3.6 Vurdering av prevensjonsvirkningen

På bakgrunn av analysen ovenfor er prevensjonsvirkningen av et kompensasjonsbasert erstatningsansvar etter min mening ikke så svak og feilrettet at en privat håndheving gjennom erstatningsansvar overfor konkurrenter av disse grunnene bør utelukkes. Faren for overprevensjon stiller imidlertid krav til domstolene når det gjelder tolkning av de materielle konkurransereglene og til vurderingen av hva som er relevant skade. Ved en restriktiv og ”gjennomtenkt” utvikling av rettspraksis på dette området vil en imidlertid kunne begrense ulempene med overprevensjon. Dersom en ikke gjør særskilte tilpasninger i erstatningsansvaret overfor konkurrenter som forsterker en skadelidts konkurrents søksmålsinsentiver, slik som i USA, vil faren for overprevensjon trolig være et relativt lite problem.

Et kompensasjonsbasert erstatningsansvar vil derfor bidra til tjene konkurransereglens formål ved at erstatningsansvaret gjennom prevensjon bidrar til en økt etterlevelse av konkurransereglene. Et erstatningsansvar overfor konkurrenter vil imidlertid ikke kunne være en tilstrekkelig mekanisme for å sikre etterlevelse av konkurransereglene. Til dette er en skadelidt konkurrents søksmålsinsentiver for svake og i mange tilfeller helt fraværende.

---

<sup>68</sup> Eckhoff 1983 s. 58

Dersom en skal utelukke et erstatningsansvar overfor konkurrenter må det derfor begrunnes med at det ikke er en effektiv måte å oppnå den ovennevnte prevensjonsvirkningen på. Dette vil jeg vurdere nedenfor.

#### 4.4 Effektiv prevensjon: forholdet til teorien om optimale sanksjoner

##### 4.4.1 Problemstilling

Teorien om optimal sanksjoner ved brudd på rettsregler er et stort felt innen rettsøkonomien, ofte omtalt som kriminaløkonomi (Economics of crime and punishment). Becker(1968) oppstiller tre kostnader ved håndheving av forbudt uønsket atferd:

- i) de samfunnsøkonomiske kostnadene ved overtredelsen (skaden),
- ii) oppdagelseskostnaden inkludert domstolskostnader og
- iii) kostnaden ved å gjennomføre sanksjonen.

Et optimalt sanksjonssystem minimerer de totale kostnadene.

I modellen antas det at dersom oppdagelsessannsynligheten øker eller sanksjonen gjøres strengere vil færre rasjonelle potensielle overtredere finne det lønnsomt å overtre regelen, slik at mengden overtredelser reduseres. Økt bruk av ressurser (kostnader) til enten å øke oppdagelsessannsynligheten eller gjøre sanksjonen strengere vil dermed redusere mengden regelbrudd og de kostnader dette medfører.<sup>69</sup> Et optimalt sanksjonssystem minimerer altså disse kostnadene.

For risikonøytrale potensielle overtredere vil det være forventet sanksjon som er avgjørende. Forventet sanksjon er oppdagelsessannsynligheten multiplisert med sanksjonen. Jeg forutsetter med dette at oppdagelse leder til sanksjon. Egentlig består denne sannsynligheten av to sannsynligheter: den rene oppdagelsessannsynligheten og sanksjonssannsynligheten gitt at en overtredelse er oppdaget. Jeg vil skille mellom disse to sannsynlighetene der dette er et poeng, men forutsette at oppdagelsessannsynlighet også omfatter sanksjonssannsynlighet så lenge ikke annet framgår.

---

<sup>69</sup> Cooter 2000 s. 435 flg.



Jeg vil nedenfor se på de ulike elementene i en optimal sanksjonsmodell og vurdere hvordan denne forholder seg i forhold til erstatningsansvar overfor konkurrenter ved brudd på konkurransereglene.

#### 4.4.2 Minimering av oppdagelses- og sanksjonskostnader

Optimal sanksjonering forutsetter at ressursene som går med til oppdagelse og sanksjon minimeres. Dette innebærer oppdagelseskostnadsminimering og sanksjonskostnadsminimering.<sup>70</sup>

##### *Oppdagelseskostnadsminimering*

Oppdagelseskostnadsminimering innebærer at det for en gitt sanksjon ikke er mulig å oppnå samme oppdagelsessannsynlighet til en lavere kostnad.

Som jeg har vært inne på tidligere vil en konkurrent gjennom markedet ofte merke at en annen konkurrent foretar en handling som potensielt kan være et brudd på konkurransereglene og som påfører konkurrenten et tap. En konkurrent vil for eksempel merke om han blir utsatt for en forretningsnektelse ved at en annen konkurrent har inngått en eksklusivavtale med en tilbyder av en viktig innsatsfaktor. For andre typer brudd på konkurransereglene er imidlertid ikke gjennomsiktigheten så stor. Konkurrenten vil i disse tilfellene bare merke at fortjenesten reduseres uten å vite om dette skyldes en konkurrents brudd på konkurransereglene eller andre forhold. En konkurrent vil i disse tilfellene måtte bruke ressurser på å oppdage om det foreligger forhold som innebærer at foreligger et brudd på konkurransereglene. Konkurrentens markedskunnskap gjør imidlertid at konkurrenter også i disse tilfellene kan oppdage enkelte brudd på konkurranseregler til lavere kostnader enn andre.

Oppdagelseskostnadene omfatter imidlertid også kostnadene ved å ”oppdage” at de faktiske forholdene rammes av et forbud og at det foreligger en et erstatningsansvar. Dette er hovedsakelig domstolskostnader. En innvending har vært at et erstatningsansvar faktisk innebærer unødvendige oppdagelseskostnader fordi det er kostnader forbundet med å fremme erstatningskravet dvs. ”oppdage” at det foreligger et

---

<sup>70</sup> Cooter 2000 s. 449 flg.

en relevant skade, et økonomisk tap og størrelsen på det økonomiske tapet samt at øvrige vilkår for erstatning foreligger.<sup>71</sup>

En bør derfor spørre om en kan nytte seg av konkurrenters relativt lave kostnader ved å oppdage at det foreligger forhold som innebærer et brudd på konkurransereglene uten at en behøver å gjennomføre en kostbar erstatningssak for å oppnå en like effektiv sanksjon.

Dersom det dreier seg om pågående konkurransebegrensning vil en skadelidt konkurrent ha et insentiv til å melde fra om konkurransebegrensningen til håndhevende offentlige myndigheter, som muligens kan fremme saken til en lavere kostnad enn den skadelidte konkurrenten kan gjennom en privat erstatningssak. Wils påpeker at myndighetene med sine informasjonsinnhentingshjemler og spesialiserte kunnskaper ofte mer kostnadseffektivt kan håndheve konkurransereglene.<sup>72</sup> Dersom konkurrenter uansett har et insentiv til å melde fra om en overtredelse vil det derfor være bedre at den videre håndhevingen overlates til myndighetene. For å oppnå en like effektiv sanksjon kan det bare påstås et sanksjonsbeløp som med god margin vil ligge over erstatningsbeløpet. Her er det også et poeng at myndighetene kan gjøre en mer optimal tilpasning av sanksjonen sammenliknet med de begrensninger som ligger på sanksjonen ved et kompensasjonsbasert erstatningsansvar. Dette er imidlertid et tema som faller inn under optimal sammensetning av oppdagelsessannsynlighet og sanksjon, som jeg vil komme tilbake til nedenfor.

En kan imidlertid ikke uten videre forutsette at myndighetene er mer effektive håndhevere enn skadelidte konkurrenter. Selv om offentlige håndhevere har utvidete informasjonsinnhentingshjemler behøver ikke dette bety at saken bør håndheves av det offentlige. En kan like gjerne ta et motsatt utgangspunkt å spørre om ikke det offentliges informasjonsinnhentingshjemler kan benyttes til å bistå private håndhevere i sin håndheving.<sup>73</sup> En kan heller ikke uten videre forutsette at offentlige håndhevere uten videre kan fremme påstand om et sanksjonsbeløp som like stort som erstatningsbeløpet

---

<sup>71</sup> Wils 2003 s. 10

<sup>72</sup> Wils 2003 s. 10 og s. 14

<sup>73</sup> Hjelmeng 2002 s. 402 flg.

med lavere kostnader. Ved en straffesanksjon vil det påtalemyndigheten være underlagt et strengere beviskrav, bøteutmålingsregler og regler om vinningsavståelse, noe som vil innebære store prosesskostnader. Ved administrative sanksjoner vil heller ikke myndighetene heller kunne sette sanksjonsbeløpet uten kostnader, men er underlagt regler som administrative sanksjoner, jf. ot. prp forslaget § 29. Offentlige håndheving vil derfor kunne innebære minst like store kostnader for å oppnå en like stor sanksjon som et kompensasjonsbasert erstatningsansvar.

Et muligens marginalt tilleggsmoment i denne sammenheng er at offentlig håndhevelse gjennomføres over offentlige budsjetter, dvs. finansieres med offentlige midler.

Inndrivelse av offentlige midler er ressurskrevende, både gjennom administrasjonskostnadene i seg selv, og ved de vridninger i økonomien som skatter og avgifter innebærer. Dette er derfor på mer generelt nivå et moment i favør av økt privat håndheving der dette er mulig, og selv om oppdagelseskostnadene isolert sett er noe større for private.

Sammenlikningen av oppdagelseskostnadene med en offentlig sanksjon blir likevel en digresjon ettersom det ikke er noe som tilsier at en offentlig sanksjon innebærer oppdagelseseffektivitet.

Mot en tenkt optimal sanksjon vil imidlertid kostnadene ved å fremme erstatningskravet i seg selv innebære at erstatningsansvar overfor konkurrenter ikke innebærer oppdagelseskostnadsminimering. I et effektivitetsperspektiv er kostnadene ved å oppdage et erstatningsansvar ikke nødvendig for å oppnå en gitt sanksjonstørrelse. Mer generelt kan en si at transaksjonskostnader i form av reparasjonskostnader er en sløsing med ressurser der dette ikke er nødvendig for prevensjonsvirkningen.

### *Sanksjonskostnadsminimering*

Videre innebærer en kostnadseffektiv sanksjoneringsmekanisme at kostnadene ved å gjennomføre sanksjonen minimeres. Noen sanksjoner er kostnadskrevende, som f.eks. fengselsstraff eller andre fysiske sanksjoner. Der sanksjonen er en pengeutbetaling er gjennomføringen sanksjonen i utgangspunktet kostnadsfri. Kostnader kan imidlertid inntre hvis kravet må inndrives gjennom tvangsfullbyrdelse. I den grad det ikke koster mer å inndrive et erstatningskrav enn en andre pengesanksjoner har det imidlertid ikke

noen effektivitetsmessig betydning om det dreier seg om et erstatningskrav eller andre pengesanksjoner.

Utbetalingen av sanksjonen til konkurrenter framfor f.eks. til det offentlige kan imidlertid være mer effektivt dersom en utbetaling til skadelidte konkurrenter innebærer at konkurransen repareres, jf. ovenfor. Jeg har drøftet under hvilke omstendigheter en erstatningsutbetaling til konkurrenter kan ha slike virkninger ovenfor.

Et erstatningsansvar overfor konkurrenter vil derfor i utgangspunktet ikke komme i konflikt med et ønske om sanksjonskostnadsminimering.

#### 4.4.3 Optimal sammensetning av oppdagelsessannsynlighet og sanksjon

For det andre innebærer en kostnadseffektiv sanksjoneringsmekanisme en optimal fordeling av ressurser til oppdagelse og sanksjon. Dette bygger på en hypotese om at en kan hindre samme mengde lovbrudd gjennom ulike kombinasjoner av oppdagelsessannsynlighet og strenget på sanksjonen. Dette er særlig opplagt i forhold til risikonøytrale potensielle overtreddere, fordi det da kun er forventet sanksjon som er viktig. En optimal sammensetning av oppdagelsessannsynlighet og sanksjon kan beskrives ved at det ikke er mulig å omfordele ressurser anvendt til oppdagelsessannsynlighet og sanksjonens strenghet på en måte som hindrer en større mengde lovbrudd.<sup>74</sup> Et vanlig resonnement i enkle rettsøkonomiske modeller er at økt oppdagelsessannsynlighet er kostnadskrevende, mens økte sanksjoner i form av pengebeløp er kostnadsfritt. En kostnadseffektiv sanksjonsmekanisme innebærer derfor en forholdsvis streng sanksjon kombinert med lav oppdagelsessannsynlighet.<sup>75</sup>

Det er derfor ikke slik at det behøver å være noen sammenheng mellom sanksjonens strenget og skaden en overtredelse innebærer. For å hindre en marginal overtredelse må sanksjonen derimot være større enn den marginale gevinsten ved å bryte regelen for å kompensere for en oppdagelsessannsynlighet mindre enn én.

---

<sup>74</sup> Cooter 2000 s. 446 flg.

<sup>75</sup> Varian 1999 s. 593

Det kan imidlertid foreligge forhold utenfor den enkle modellen som tilsier at det bør være en viss sammenheng mellom sanksjonens strenghet og skaden et regelbrudd innebærer. Et eksempel er at sanksjonens strenghet bør stige med skaden, slik at en overtreder ikke gjør et nytt og mer alvorlig lovbrudd for å hindre oppdagelse. Et annet eksempel er at hvis sanksjonen er den samme uansett lovbruddets alvorlighet, vil det ikke gi et insitament til overtrederen om å velge en mindre alvorlig overtredelse framfor en mer alvorlig overtredelse. Videre kan risikoaversjon og usikkerhet om enten rettstilstanden eller de faktiske omstendigheter medføre overprevensjon hvis sanksjonen er for streng. Eksempelvis kan store sanksjoner for overtredelse av næringsreguleringsregler som konkurranseregler medføre at samfunnsnyttig virksomhet ikke blir iverksatt av frykt for det kan tolkes som en overtredelse av et forbud.

En erstatningssanksjon som bare tillater en skadelidts konkurrents dekning av økonomiske tap gir ikke noe frihet til å tilpasse erstatningens størrelse til det som er nødvendig for å avskrekke overtredelser både med hensyn til overtrederens vinning og en oppdagelsessannsynlighet som er mindre enn én. Dette innebærer at et kompensasjonsbasert erstatningsansvar ikke gir noen frihet for til å sette erstatningen så høy at den virker avskrekkende gitt den oppdagelsessannsynligheten som foreligger. Dette er kanskje en av de viktigste grunnene til at et kompensasjonsbasert erstatningsansvar er en mindre effektiv sanksjon enn en tenkt optimal sanksjon.

Videre vil oppdagelsessannsynligheten være avhengig av den skadelidte konkurrents søksmålinsentiv. Det er generelt vanskelig å kunne styre de ressurser som går med til oppdagelse når man først overlater håndhevelsen til private. En kan ikke med et enkelt grep styre de ressursene konkurrenter anvender til håndhevelse, dette må gjøres indirekte gjennom reguleringen av erstatningsreglene.

Dessuten vil det forholdet at den skadelidte konkurrentens privatøkonomiske tap ikke nødvendigvis er proporsjonal med det samfunnsøkonomiske tapet innebære at det ikke behøver å være noen sammenheng mellom overtredelsens alvorlighet i form av samfunnsøkonomisk tap og den skadelidtes konkurrents søksmålsinsentiver. Erstatningsmekanismen vil da ikke være et egnet virkemiddel for påvirke overtrederen til å gjøre en mindre alvorlig overtredelse.

Et kompensasjonsbasert erstatningsansvar overfor konkurrenter inneholder derfor ikke en egnet mekanisme for å oppnå en optimal sammensetning mellom oppdagelsessannsynlighet og sanksjon. Erstatningsutmålingen er låst til økonomisk tap og ressursene anvendt til oppdagelsessannsynligheten avhenger av skadelidtes søksmålsinsentiver. En kan derfor si at med et kompensasjonsbasert erstatningsansvar vil en være ”bundet til både hender og føtter” i forhold til å kunne oppnå en optimal sammensetning av oppdagelsessannsynlighet og sanksjon.

#### 4.4.4 Optimal mengde overtredelser

Det andre hovedresonnementet ved optimal sanksjonering er at man bør tilstrebe å oppnå en optimal mengde overtredelser, dvs. hindre så mange overtredelser som er samfunnsøkonomisk optimalt (optimal prevensjon). Kostnaden ved håndhevelsen, dvs kostnadene til oppdagelse og/eller sanksjonering må veies opp mot kostnadene regelovertredelelene fører med seg. Bruk av økte ressurser til håndhevelse er effektivt så lenge kostnaden ved dette er mindre enn de besparte kostnadene dette medfører i form av redusert antall regelbrudd. I økonomisk terminologi innebærer dette at økt håndheving er effektivt så lenge marginalkostnadene ved håndheving er lavere enn marginalgevinsten av dette medfører i form av reduserte kostnader (skade) som følge av regelbrudd. Når disse marginale størrelsene er like har man en optimal mengde overtredelser.

Før en vurderer hvordan erstatningsansvar overfor konkurrenter forholder seg til en optimal mengde overtredelser bør det bemerkes at en slik vurdering i utgangspunktet blir noe intetsigende uten å gjøre videre forutsetninger. Den optimale mengden overtredelser er avhengig av kostnadene ved sanksjonering. Ved en effektiv sanksjoneringsmekanisme vil det derfor være optimalt med mer prevensjon enn ved en sanksjonsmekanisme som ikke er effektiv. Når en først aksepterer et erstatningsansvar overfor konkurrenter vil det derfor være effektivt med mindre prevensjon sammenliknet med en tenkt optimal sanksjonsmekanisme. Spørsmålet nedenfor blir dermed om konkurrenter har de rette insentiver til å velge optimal mengde prevensjon ut fra de kostnadene som denne sanksjonen innebærer.

De skadelidte konkurrenters søksmålsinsentiv er basert på egne privatøkonomiske vurderinger. Konkurrenter vil dermed ikke gjøre en avveining av om den marginale

samfunnsøkonomiske verdien av håndhevelse er større enn de marginale samfunnsøkonomiske kostnadene. Eksempelvis vil ikke den skadelidte konkurrenten ta hensyn til domstolens alternativkostnad utover kostnadene til rettsgebyrer og sideutgifter. Isolert sett kan dette medføre at et erstatningsansvar overfor konkurrenter kan medføre for mye prevensjon i forhold til de overtredelsene hvor konkurrenter har et søksmålsinsentiv.

På den annen side vil konkurrenters søksmålsinsentiv ved et kompensasjonsbasert erstatningsansvar være basert på egen privatøkonomiske skade. Konkurrentene vil derfor ikke ta hensyn til gevinstene samfunnet oppnår ved håndhevelsen. Dette taler isolert sett for liten prevensjon i forhold til kostnadene. Likevel er det ikke gitt at de privatøkonomiske skadene konkurrenter påføres er mindre enn de samfunnsøkonomiske kostnadene. Det privatøkonomiske tapet som insentivskaper kan derfor like gjerne lede til for mye prevensjon. Det privatøkonomiske tapet er likevel bare en del av de forholdene som påvirker søksmålsinsentivene. Det er flere forhold som avdemper søksmålsinsentivene, jf. diskusjonen av prevensjonsvirkningen ovenfor. Jeg ser det derfor som lite sannsynlig at søksmålsinsentivene er så sterke at det leder til systematisk for mye prevensjon i forhold til kostnadene ved sanksjonering.

Et kompensasjonsbasert erstatningsansvar vil derfor ikke innebære en mekanisme som leder til en optimal mengde prevensjon. Det er imidlertid ikke slik at et slikt erstatningsansvar systematisk vil lede enten til en for stor eller for liten mengde overtredelser. Begrensningene i søksmålsinsentivene som følge norske rettsystemet tilsier imidlertid at det heller blir lite prevensjon enn for mye prevensjon i forhold til kostnadene fra konkurrenter som søker erstatning.

#### 4.4.5 Ønskede effektive overtredelser

Situasjonen kompliseres for de tilfellene hvor overtredelser kan gi et samfunnsøkonomisk positivt resultat og der en gjennom sanksjonsmekanismen ønsker å motivere til at regelen overtres disse tilfellene. Problemstillingen er først og fremst interessant i forbindelse med sanksjonering av handlinger som er ”per se” forbudt av hensyn til å redusere oppdagelseskostnadene, jf. diskusjonen av de rettslige rammene ovenfor.

EØS-konkurransereglene og forslaget til ny konkurranselov opererer ikke med rene ”per se” forbudte handlinger. Problemstillingen om at forbudene kan omfatte effektive handlinger blir likevel ikke helt irrelevant fordi forbudene kan omfatte effektive handlinger. Forskjellen er imidlertid at formålet med å la forbudene kunne omfatte effektive handlinger ikke nødvendigvis er å redusere oppdagelseskostnadene, men å ivareta visse andre hensyn f.eks. at forbrukerne skal ha en rimelig andel av fordelene. Fra et rent samfunnsøkonomisk effektivitetssynspunkt er det likevel ønskelig at disse forbudene likevel overtres der dette er effektivt.

Problemstillingen blir hvordan en skal utforme en sanksjon som innebærer at effektive overtredelser gjennomføres mens ineffektive overtredelser gjennomføres.

I dette tilfellet må det gjøres erstatningsrettslig tilnærming av sanksjoneringen basert på at samtlige samfunnsøkonomiske kostnader internaliseres. Også ved denne typen sanksjoneringsmekanisme må imidlertid det justeres for at oppdagelsessannsynligheten er mindre enn 1.

Et spørsmål er om det i disse situasjonene er behov for forbud (i realiteten erstatningsregel), idet det kunne tenkes at forutsetningene i Coase-teoremet<sup>76</sup> var tilstede, slik at frivillige transaksjoner ville realisere det effektive utfallet. Svaret på dette er for det første at transaksjonskostnadene kan være høye slik at effektive transaksjoner ville hindres selv forutsetningen i Coase-teoremet om veldefinerte eiendomsrettigheter var tilstede. For det andre kan det være et problem å definere eiendomsrettigheter i seg selv, særlig der det er abstrakte offentlige interesser som for eksempel samfunnsøkonomisk tap som er vernet.

Ved utformingen av en sanksjon som bare avskrekker ineffektive overtredelser sanksjon tas det hensyn til at en forbudt konkurransebegrensende handling kan realisere både en effektivitetsgevinst og et effektivitetstap som følge av bruddet på konkurranseregelen. De økonomiske følgene av en slik konkurransebegrensning kan dermed deles opp tre poster:

---

<sup>76</sup> Eide s. 71



- i) de sammenfallende privatøkonomiske gevinstene og effektivitetsgevinstene av den konkurransebegrensende handlingen for den som utfører handlingen,
- ii) de som følge av handlingen netto effektivitetstap (bruttogevinst minus tap) ikke inkludert de effektivitetsgevinstene som tilfaller den som utfører handlingen samt
- iii) formuesoverføringer til den som gjennomfører handlingen fra kunder, konkurrenter og eventuelt andre som følge av konkurransebegrensningene.

Tankegangen er da<sup>77</sup> at dersom den som utfører den konkurransebegrensende handlingen må erstatte de to siste postene, vil han bare gjennomføre den konkurransebegrensende handlingen dersom effektivitetsgevinstene overstiger effektivitetstapene, dvs. når handlingen er samfunnsøkonomisk lønnsom. Dersom oppdagelsessannsynligheten er mindre enn én, må beløpet i tillegg justeres for dette.

Spørsmålene blir dermed om et erstatningsansvar overfor skadelidte konkurrenter legger til rette for en erstatningsutbetaling i samsvar med denne modellen slik at effektive overtredelser gjennomføres og at ineffektive overtredelser forhindres. I denne sammenheng må det påpekes at det er de totale sanksjonene som er avgjørende. Ved et kompensasjonsbasert erstatningsansvar vil erstatningen til konkurrenter bare kunne omfatte deler av den optimale sanksjonen. Ved et strengt krav til relevant skade som bare omfatter sammenfall mellom effektivitetstap og konkurrentens tap samt rene formuesoverføringer og en korrekt erstatningsutmåling kan en teoretisk sett komme fram til den delen av en optimal sanksjon som tilsvarer det konkurrenten har tapt på overtredelsen som følge av relevant skade. Dersom denne sanksjonen suppleres med en korrekt erstatning til skadelidte kunder og en korrekt offentlig sanksjon som omfatter de skadene som ikke omfattes av erstatningssanksjonene, ville en samlet sett få kunne få til den optimale sanksjonen. Et erstatningsansvar overfor konkurrenter ville på denne måten ikke være til hinder for erstatning i samsvar med en optimal sanksjon. Mangelfull informasjon ville imidlertid legge en praktisk hindring for gjennomføringen. Videre ville omfanget av transaksjonskostnader forbundet med denne oppdelingen av sanksjonen i seg selv virke prohibitivt for denne ordningen. Dersom en ikke ønsker at et

---

<sup>77</sup> Se f.eks. Breit 1976 s. 112 flg.

erstatningsansvar overfor konkurrenter skal avskrekke effektive overtredelser bør derfor ikke skade etter effektive overtredelser være relevant skade.

Et erstatningsansvar over for konkurrenter vil derfor i liten grad være et egnet virkemiddel for bruk å sikre en utsiling av samfunnsøkonomiske ønskelige overtredelser av et forbud. Et erstatningsansvar overfor konkurrenter vil likevel ikke nødvendigvis komme i konflikt med bruk av denne sanksjonsmekanismen. Dersom skade etter effektive overtredelse utelukkes som relevant skade vil i konkurrenters erstatningskrav holdes utenfor situasjonen med effektive overtredelser og vil derfor ikke hindre gjennomføringen av slike. Videre vil en slik løsning innebære at en skadevoldende konkurrents potensielle ansvar vil gjøre et byks så fort en overtredelse er ineffektiv. Dette vil styrke prevensjonsvirkningen mot de ineffektive overtredelsene uten at det hindrer gjennomføring av overtredelser som fra et effektivitetssynspunkt er ønskelig.

#### 4.5 Effektiv prevensjon: saksprioritering

Håndhevelsesressursene bør rettes slik at de gir størst forventet gevinst. Dette ligger implisitt som en forutsetning i den optimal sanksjonsmodellen ved at den marginale gevinsten i form av økt håndhevelse avtar. For at dette skal realiseres må en forventningsmessig nå de overtredelsene som gir størst samfunnsøkonomisk skade først. Spørsmålet blir da om hvordan et erstatningsansvar overfor konkurrenter samsvarer med at håndhevelsesressursene prioriteres slik at de gir størst forventet avkastning.

Når en overlater håndhevelsen til private mister en den direkte kontrollen over hvilke lovbrudd som det prioriteres å forfølge. Private vil håndheve etter privatøkonomiske søksmålsinsentiver. Dette kan lede til en overprioritering av saker av relativ liten samfunnsøkonomisk interesse og at saker av stor betydning underprioriteres. Enkelte saker vil ikke konkurrenter ha et insentiv til å forfølge i det hele tatt, fordi de ikke lider noen relevant skade. Så lenge det finnes andre håndhevere som forfølger lovbrudd som forfølger de lovbrudd som ikke forfølges av konkurrenter gjennom erstatningsretten betyr ikke dette at slike ikke vil bli håndhevet. Dette vil imidlertid ikke løse problemet ved at selve prioriteringen er effektiv innenfor de ressursene som går med til håndhevelse.

Faren for overprevensjon kan også innebære at et erstatningsansvar overfor konkurrenter ikke bare medfører at ressurser prioriteres til feil saker, men også til saker som det vil ikke være gevinster i at prioriteres under noen omstendigheter.

Et erstatningsansvar overfor konkurrenter vil derfor i utgangspunktet medføre en feilallokering av de ressurser som går med til håndhevelse i form av at ressursene ikke brukes til å prioritere de sakene det er mest effektivt at prioriteres.

#### 4.6 Effektiv prevensjon: Konklusjon

Et kompensasjonsbasert erstatningsansvar overfor konkurrenter vil ligge fjernt fra et optimalt utformet sanksjonssystem. Ved å legge vekt på hensynet til effektiv prevensjon ved tolkningen av erstatningsreglene kan en imidlertid få ”sensurert” ut de tilfellene der et erstatningsansvar overfor konkurrenter virker minst effektivt. Blant annet vil effektiviteten kunne forbedres betydelig dersom skade etter effektive overtredelser av forbud ikke vurderes som relevant skade, selv om overtredelsen har konkurransebegrensende virkninger som innebærer et privatøkonomisk tap for konkurrenter. Erstatning til konkurrenter ved effektive overtredelser vil uansett ikke være et egnet virkemiddel for å skille ut effektive overtredelser av konkurransereglene.

Det er imidlertid ikke slik at et erstatningsansvar overfor konkurrenter innenfor dagens rettslige rammeverk leder til en klar systematisk ineffektivitet i form av for mye prevensjon i forhold til kostnadene. Trolig vil konkurrenters søksmålsinsentiver ved et kompensasjonsbasert erstatningsansvar være for svake til at en oppnår for mye prevensjon i forhold til kostnadene ved håndhevelsen. En kan derfor si at en befinner seg på et nivå der den marginale gevinsten av økt håndhevelse fra konkurrenter gjennom en erstatningsrett er større enn de marginale kostnadene økt håndhevelse innebærer. Begrensningene i det norske rettsystemet vil heller ikke legge til rette for at overprevensjon blir et betydelig problem.

En må også være oppmerksom at selv om erstatningsansvaret overfor konkurrenter ikke er en effektiv sanksjonsmekanisme betyr ikke dette at den skal forkastes av den grunn. Spørsmålet blir da om tilgjengelige alternativer er mer effektive. Offentlig sanksjonering blir gjerne brukt som et tilnærmet perfekt alternativ som sammenlikningsgrunnlag. Dette synes å ligge til grunn for at Wils aviser privat

sanksjonering.<sup>78</sup> Dette er imidlertid ikke riktig. Det rettslige rammeverket, budsjetter, informasjonssvikt samt vekslende politiske målsettinger kan medføre at en offentlig sanksjonering ikke blir effektiv. Konkurrenters håndheving kan i disse tilfellene virke som et supplement til en ineffektiv offentlig håndheving av konkurransereglene.<sup>79</sup>

#### 4.7 Effektiv prevensjon: behov for pønalt erstatningsansvar?

Et stadig tilbakevendende spørsmål i forbindelse med privates sanksjonering av konkurransereglene er om det er behov for et pønalt erstatningsansvar, dvs. et erstatningsansvar som tillater erstatning utover ren kompensasjon. I amerikansk erstatningsrett opereres det med et pønalt erstatningsansvar ved en erstatningsregel som tillater erstatning for tre ganger økonomisk tap ved overtredelser av konkurransereglene.<sup>80</sup>

Et spørsmål blir derfor om et pønalt erstatningsansvar overfor konkurrenter ved brudd på konkurransereglene kan bidra til en mer effektiv prevensjon.

Den første spørsmålet som oppstår i forhold til vurderingen ovenfor er at et pønalt erstatningsansvar vil påvirke selve prevensjonsvirkningen. Jeg baserte søksmålsinsentivene og prevensjonsvirkningen ovenfor med bakgrunn i erstatning for skadelidtes økonomisk tap. Dersom en baserer erstatningsutmålingen på et annet beregningsgrunnlag enn økonomisk tap må hele denne vurderingen gjøres om igjen. Eksempelvis vil et erstatningsansvar overfor konkurrenter basert på vinning eller effektivitetstap gi helt andre søksmålsinsentiver. Dersom en baserer det pønale elementet på et multiplum av økonomisk tap vil imidlertid søksmålsinsentivene i hovedsak dra i samme retning, bare forsterket. Tilsvarende vil prevensjonsvirkningen bli forsterket både fordi søksmålsinsentivene er forsterket og fordi det er større sjanse for at erstatningsbeløpet blir så stort at det ikke vil lønne seg å bryte konkurransereglene mot å betale erstatning. Oppgavens omfang tillater ikke at jeg går inn på en vurdering av prevensjonsvirkning ved alternative beregningsgrunnlag. Jeg vil derfor ta utgangspunkt i at det pønale elementet består av et multiplum av økonomisk tap. Spørsmålet blir da om

---

<sup>78</sup> Wils 2002

<sup>79</sup> Hovenkamp 1999 s. 67

<sup>80</sup> Clayton act sect. 4

et beregningsgrunnlag basert på et multiplum av økonomisk tap gir en mer effektiv prevensjon.

En effektivitetsforklaring på det pønale erstatningsansvaret basert på et multiplum av økonomisk tap er at det gir en mer effektiv sammensetning av oppdagelsessannsynlighet og sanksjon. Tankegangen er da, som redegjort for ovenfor, at dersom et sanksjonsbeløp X er tilstrekkelig for å gjøre overtredelsen ulønnsom kan man spare oppdagelseskostnader ved å redusere oppdagelsessannsynligheten fra én til la si en tredjedel og øke sanksjonsbeløpet til X multiplisert med tre. Når det gjelder erstatningsansvar overfor konkurrenter er det neppe et godt argument at en erstatning basert på et multiplum vil gi en mer effektiv sammensetning av oppdagelsessannsynlighet og sanksjon. Problemet er at dersom en øker sanksjonens størrelse, vil dette gi konkurrenter økt motivasjon til oppdagelse og dermed anvende ressurser til å øke oppdagelsessannsynligheten. En større sanksjon gir dermed større oppdagelseskostnader.<sup>81</sup> Basert på et ønske om å bruke mindre ressurser på oppdagelse og kompensere for dette ved økt sanksjon vil derfor et multiplum av økonomisk tap ikke bidra til en mer effektiv sammensetning av oppdagelsessannsynlighet og sanksjon.

Som nevnt vil et multiplum forsterke prevensjonsvirkningen og dermed gjøre det mer sannsynlig at erstatningen faktisk avskrekker en overtredelse. Hvis en baserer et erstatningsansvar på et multiplum på f.eks. tre ganger økonomisk tap må dette være under antagelse av at økonomisk tap alene gir for lite prevensjon, mens et multiplum på f.eks. 10 vil gi for mye prevensjon i forhold til kostnadene.<sup>82</sup> Hvilket tall man velger som multiplum vil blant annet bero på sannsynligheten for oppdagelse. Jo lavere sannsynlighet for oppdagelse, jo høyere multiplum er det behov for.

Oppdagelsessannsynligheten er imidlertid forskjellig for ulike typer brudd på konkurransereglene. En standardisert ordning av typen ”erstatning for tre ganger økonomisk tap” vil derfor kunne medføre for mye prevensjon av overtredelser med høy oppdagelsessannsynlighet, og for lite prevensjon av overtredelser med lav oppdagelsessannsynlighet.<sup>83</sup> De overtredelser som rammer konkurrenter vil typisk ha

---

<sup>81</sup> Spulber 1989 s. 27

<sup>82</sup> Hovenkamp 1999 s. 654

<sup>83</sup> Hovenkamp 1999 s. 654

høy oppdagelsessannsynlighet, jf. ovenfor, sammenliknet med f.eks. hemmelig prissamarbeid. En multipliseringsordning vil, i forhold til konkurrenter, derfor kunne lede til for mye prevensjon av slike overtredelser i forhold til kostnadene ved sanksjonering.

Hvilket tall man velger som multiippel vil også være avhengig av hvor mye det er behov for å justere for svake søksmålsinsentiver for å oppnå en optimal mengde prevensjon. Skadelidtes søksmålsinsentiver vil avhenge av mange forhold og er ikke nødvendigvis proporsjonal med det samfunnsøkonomiske behovet for prevensjon. Det er derfor vanskelig å tenke seg at en generell regel i form av et multiippel generelt vil gjøre erstatningsansvaret mer effektivt ved å korrigere for feil søksmålsinsentiver. Dette vil kunne medføre en forsterket virkning av de svakheter som følger av at søksmålsinsentivet ikke er proporsjonal med behovet for prevensjon. Faren for overprevensjon vil dermed øke betydelig. Videre finnes det ikke noe generell sammenheng mellom en skadelidt konkurrents tap og overtrederens vinning. En kan derfor ikke på et generelt nivå si at et multiippel på f.eks. tre av økonomisk tap er det som skal til for å gjøre en overtredelse ulønnsom.

Liknende argumenter kan anføres når det gjelder erstatning basert på andre grunnlag enn økonomisk tap.<sup>84</sup> Det er derfor vanskelig å tenke seg at en kan lage generelle regler som vil ha en vesentlig mer effektiv virkning enn en utmåling basert på kompensasjon. Et kompensasjonsbasert erstatningsansvar overfor konkurrenter behøver derfor ikke i gjennomsnitt treffe ”mer feil” enn mer eller mindre gjennomtenkte alternative utmålingsprinsipper. Hovenkamp uttrykker dette som følger: *”there is no reason to believe that compensatory measurement is worse than any other kind of measurement in estimating the optimal amount of damages. Any “optimal damages” rule applied in litigation will end up being so capricious that the resulting recoveries will have only a random relationship with the optimal level of deterrence”*<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Hovenkamp 1999 s. 653

<sup>85</sup> Hovenkamp 1999 s. 654

## 5 Konklusjoner

Hovedproblemstillingen jeg stilte innledningsvis var om et erstatningsansvar overfor konkurrenter kan bidra til å realisere konkurransereglens formål om effektiv konkurranse, og om dette er en effektiv sanksjon.

Jeg har kommet fram til at et erstatningsansvar overfor konkurrenter kan bidra til å realisere konkurransereglens formål om effektiv konkurranse. For det første kan en erstatningsutbetaling i seg selv bidra til å reparere de potensielle skadevirkningene av en ulovlig konkurransebegrensning. For de andre kan erstatningsansvaret virke preventivt ved at det kan bidra til å avskrekke potensielle overtredere fra å gjennomføre en overtredelse.

Prevensjonsvirkningen er imidlertid begrenset. For mange typer av overtredelser vil et erstatningsansvar overfor konkurrenter ikke ha noen preventiv virkning i det hele tatt. Et erstatningsansvar overfor konkurrenter kan derfor bare tjene som et supplement til andre sanksjoner.

Ved et erstatningsansvar overfor konkurrenter viktig at det bare gis erstatning for skade som er beskyttet av formålet om effektiv konkurranse. En feil avgrensning av skade kan medføre at erstatningen virker mot sitt formål og kan hindre samfunnsøkonomisk ønskelige konkurranseatferd i form av overprevensjon. Det bør derfor komme klart frem av de konkurranserettslige kildene at vernet av konkurrenters interesser ikke er et formål i seg selv men et middel for å fremme konkurransereglens formål om effektiv konkurranse. Videre bør prevensjonshensynet ved erstatningsansvaret komme klart frem av rettskildene, for eksempel gjennom konkurransereglens forarbeider.

Et erstatningsansvar overfor konkurrenter er neppe en effektiv måte å realisere konkurransereglens formål om effektiv konkurranse på. Det er likevel ikke gitt at andre sanksjoner, f.eks. offentlige, er mer effektive i alle situasjoner. Et erstatningsansvar overfor konkurrenter bør derfor ikke utelukkes med den begrunnelse at det ikke er en

effektiv sanksjon. Det kan imidlertid være hensiktsmessig å forbedre effektiviteten ved å innskrenke erstatningsadgangen der den virker minst effektiv. Det bør derfor komme frem av de konkurranserettslige kildene at det ved hensynet til prevensjon også kan tas hensyn til om prevensjonen er effektiv. Gitt at kildene fremhever prevensjonshensynets vekt vil dette trolig allerede følge av konkurransereglens overordnede formål om effektiv ressursbruk.

Jeg har ikke gjort noen generell vurdering av hvilke særskilte tilpasninger som kan gjøres i et erstatningsansvar overfor konkurrenter for at dette kan bli mer effektivt. Jeg har imidlertid gjort en vurdering av om et erstatningsansvar basert på en pønalt erstatningsutmåling kan bidra til å fremme erstatningsansvarets effektivitet. I denne vurderingen argumenterte jeg for at det vanskelig kan tenkes generelle regler som gjør at et pønalt erstatningsansvar virker mer effektivt en dagens kompensasjonsbaserte erstatningsansvar.



## **Litteraturliste**

Becker, Gary S., Crime and Punishment: An Economic Approach. I: Journal of Political Economy. 76 (1968), s. 169-217

Breit, William. The Antitrust Penalties A study in Law and Economics. Kenneth G. Elzinga og William Breit. New Haven: Yale University Press, 1976

Church, Jeffrey. Industrial Organization A Strategic Approach. Jeffrey Church og Roger Ware. International edition. Boston: McGraw-Hill, 2000

Cooter, Robert. Law & Economics. Robert Cooter og Thomas Ulen. 3rd ed. Massachusetts: Addison Wesley, 2000

Dynamic Competition and Public Policy, Jerry Ellig (red.). Cambridge: Cambridge University Press, 2001

Eckhoff, Torstein. Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål. Oslo: Tanum-Norli A/S, 1983

Eide, Erling. Rettsøkonomi – Analyse for privatrett og miljørett. Erling Eide og Endre Stavang. Oslo: J. W. Cappelens Forlag a.s., 2001

Hjelmeng, Erling. Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. Oslo, juni 2002

Hjelmeng, Erling. Sivilrettslige aspekter ved konkurranselovgivningen. I: NOU 2003:12 Ny konkurranselov. 2002B

Jones, Clifford A. Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA. Oxford: Oxford University Press, 1999

Hovenkamp, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. Second Edition. St. Paul, Minn.: West Group, 1999

Klemperer, Paul. Why Every Economist Should Learn Some Auction Theory. [www.nuff.ox.ac.uk/economics/people/klemperer.htm](http://www.nuff.ox.ac.uk/economics/people/klemperer.htm). 2000

Konkurranseloven med kommentarer. Harald Evensen (red.). Oslo: Ad Notam Gyldendal, 1999

Konkurransetilsynet. Sanksjonering – er det verdt prisen. I: Skrifter fra Konkurransetilsynet. 1/2001

Lødrup, Peter. Lærebok i erstatningsrett. 4. utgave. Oslo, 1999

Varian, Hal R. Intermediate Microeconomics A Modern Approach. Fifth Edition. New York: W.W Norton Company, 1999

Wahl, Nils. Konkurrensskada. Stockholm: JureCLN AB, 2000

Whish, Richard. Competition Law. Fourth Edition. Reed Elsevier Ltd. 2001

Wils, Wouter P.J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe? I: World Competition. 26 (2003).

Spulber, Daniel F. Regulation and Markets. Massachusetts Institute of Technology: The MIT Press, 1989

## **Kilder**

### **Forarbeider:**

NOU 1991:27 Konkurransen for effektiv ressursbruk

NOU 2003:12 Ny konkurranselov

Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger  
B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranse-loven)

### **Lovregister:**

Norsk rett:

1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) 13. aug. 1915 nr. 6  
§ 54

1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) 13. juni 1969 nr 26  
§ 4-1

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven) 27 nov. 1992 nr 109

1993 Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranse-loven) 11 juni 1993 nr 65  
§ 3-1  
§ 3-9  
§ 3-10

Amerikansk rett:

Clayton Act Sect. 4: 15 USC 15

### **Traktater:**

Agreement on the European Economic Area (EEA-agreement), Oporto, 2 May 1992

Norsk tittel: Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-avtalen)  
art. 53

art. 54

Traktat om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab, konsolideret udgave, EF-Tidende  
nr. C 325 af 24. december 2002

Norsk tittel: Traktaten om Det europeiske felleskap (EF-traktaten)

art. 81

art. 82

**EF/EØS-rettsakter:**

Rådets forordning nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføring av  
konkurransereglene i EF-traktaten artikkel 81 og 82 (EFT L 1/1 av 4. januar 2003)

**Rettspraksis:**

EF-domstolen:

Sak C-453/99, saml. 2001 side I-6297, Courage Ltd. V. Bernhard Crehan

US Supreme Court:

Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477 (1977)